



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciência Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

DÉBORA DE OLIVEIRA SANTOS

**CAPACIDADE CIVIL: Mudança de paradigma promovida pelo Estatuto da Pessoa
com Deficiência**

BRASÍLIA

2019

DÉBORA DE OLIVEIRA SANTOS

**CAPACIDADE CIVIL: Mudança de paradigma promovida pelo Estatuto da Pessoa
com Deficiência**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UnICEUB).

Orientador: Professor Luciano de Medeiros
Alves

BRASÍLIA

2019

DÉBORA DE OLIVEIRA SANTOS

**CAPACIDADE CIVIL: Mudança de paradigma promovida pelo Estatuto da Pessoa
com Deficiência**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
- FAJS do Centro Universitário de Brasília
(UniCEUB).

Orientador: Professor Luciano de Medeiros
Alves

BRASÍLIA,

BANCA AVALIADORA

Professor Luciano de Medeiros Alves

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

Se o Estatuto da Pessoa com Deficiência se constitui, por um lado, em um avanço normativo no ordenamento jurídico brasileiro, em razão dos direitos e garantias especialmente assegurados a essa parcela da população historicamente discriminada, por outro, suscita instabilidade jurídica em relação a seus titulares. Nessa perspectiva, o trabalho em pauta, se dedica primordialmente em analisar se a mudança de paradigma suscitada pelo Estatuto no âmbito da capacidade civil ensejou uma ampliação ou redução da tutela jurídica conferida a seus titulares, perpassando, inicialmente, sobre as bases sólidas que justificaram a elaboração da norma, desde o estudo do neoconstitucionalismo, do Direito como produto histórico e cultural de uma sociedade, até o estudo dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Ulteriormente, o trabalho se dedica ao estudo da proteção jurídica conferida as pessoas com deficiência antes do Estatuto, analisando de forma pormenorizada os direitos da personalidade, assim como os conceitos de pessoa e personalidade jurídica, para ao final se debruçar sobre o instituto da curatela e da interdição, que foram objetos de profundas alterações com a implantação da norma em evidência. Ao final, o estudo se empenha em evidenciar o tratamento destinado as pessoas com deficiência ao longo da história da humanidade, desde a era primitiva até a contemporaneidade, para que, a partir da significativa evolução operada com o passar dos anos, se compreenda a relevância do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que será explorado de forma primorosa, sobretudo em relação às alterações por ele promovidas na teoria da incapacidade civil, que até então vigorava no sistema jurídico pátrio.

Palavras-chave: Estatuto da Pessoa com Deficiência. Capacidade Civil. Dignidade da Pessoa Humana

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO	9
1.1 O Direito	10
1.2 Os princípios constitucionais	11
1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana	11
1.4 Princípio da igualdade.....	12
1.5 Princípio da liberdade	14
2 PERSONALIDADE CIVIL E CAPACIDADE CIVIL	16
2.1 Conceito de pessoa.....	16
2.2 Personalidade jurídica	17
2.3 Início e fim da personalidade jurídica	17
2.4 Dos direitos da personalidade	19
2.4.1 Proteção jurídica.....	20
2.4.2 Natureza jurídica	20
2.4.3 Classificação	21
2.4.3.1 Direito à integridade física.....	21
2.4.3.2 Direito à integridade moral.....	23
2.4.3.3 Direito à integridade intelectual.....	25
2.5 Capacidade civil	26
2.5.1 Teoria da incapacidade antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência	27
2.5.1.1 Incapacidade absoluta.....	28
2.5.1.2 Incapacidade relativa.....	30
2.5.2 Cessação da incapacidade.....	32
2.5.3 O instituto da curatela antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência	33
2.5.4 O procedimento de interdição antes do Estatuto da Pessoa Com Deficiência	36
3 PROTEÇÃO JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA	39
3.1 Perspectiva história	40
3.2 Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência	48

3.3	Estatuto da Pessoa com Deficiência	49
3.3.1	Teoria da incapacidade com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência	54
3.4	O instituto da curatela pós Estatuto da Pessoa com Deficiência	56
3.5	O instituto da tomada de decisão apoiada.....	59
3.6	A subsistência do procedimento de interdição	61
3.7	Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desamparo?	63
CONCLUSÃO		67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		70

INTRODUÇÃO

A doutrina do neoconstitucionalismo mudou a percepção do Direito que até então prevalecia com o positivismo jurídico, passando a não ter mais um mero papel de pacificação social, através da regulação do comportamento humano, mas de outro modo, sendo uma estrutura sensível às transformações sociais, e tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, deve buscar concretizar ao máximo a justiça, o bem comum e os direitos fundamentais inerentes a cada pessoa humana, tendo em vista ser esta o centro do ordenamento jurídico.

Desse modo, o estudo da pessoa humana é de manifesta importância para o Direito, que deve assegurar a todas as pessoas, o atributo a todas inerentes, da personalidade jurídica, e consequentemente, dos direitos fundamentais da personalidade, os quais decorrem da própria natureza humana e prescindem de qualquer regulamentação legal para a sua existência, se manifestando tanto na esfera física, intelectual e moral do indivíduo, de modo a permitir a concretização do maior valor existente no ordenamento jurídico, e que rege os demais valores e normas, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

O presente trabalho, com o intuito de aprofundar-se no conhecimento da pessoa humana, em atenção especial a um segmento social amplamente discriminado, que são as pessoas com deficiência, dedica-se a compreender a proteção da qual foram destinatárias historicamente, desde os primórdios da vida humana, até os dias atuais, para que, tendo uma percepção geral da realidade que as circundam, se possa concluir se a dignidade das pessoas com deficiência se manifesta quando são protegidas como vulneráveis, ou de outro modo, como defende o Estatuto da Pessoa com Deficiência, quando lhe são conferidas a liberdade e a independência para a prática dos atos civis.

Para melhor elucidar a questão é imprescindível o estudo pormenorizado da teoria da incapacidade que vigorou no Código Civil de 2002 até a vigência do Estatuto, assim como das alterações promovidas no ordenamento pela nova legislação, e de suas consequências práticas na vida das pessoas com deficiência que necessitam de especial proteção do Estado, sendo utilizado para esse fim, o método dedutivo de pesquisa, cujo estudo será baseado precipuamente na doutrina e na legislação, relacionadas inicialmente, à ideologia do neoconstitucionalismo e dos princípios constitucionais, perpassando pelo estudo da pessoa humana, da tutela jurídica destinada as pessoas com deficiência antes do Estatuto, para

finalmente se deter a análise específica da norma objeto de estudo, e de suas inovações no ordenamento jurídico.

As pessoas com deficiência foram destinatárias de numerosas formas de tratamento pela sociedade ao longo do tempo, a depender do momento histórico e das necessidades do grupo no qual se encontravam inseridas, tendo os seus direitos amplamente violados. Este cenário foi se transformando paulatinamente, e nessa perspectiva, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, estando em conformidade com as exigências sociais do Estado Democrático de Direito, que é norteado por valores como a dignidade, a igualdade e a liberdade de seus cidadãos, se constitui em um avanço normativo em relação aos numerosos direitos previstos especificamente em benefício de seus titulares.

Tendo como fundamentos essenciais a inclusão social de seus destinatários, e o respeito a sua autonomia, a norma em pauta, promoveu significativas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito da teoria das incapacidades, em razão do vínculo que persistia entre incapacidade e deficiência, e nesse sentido, passou a considerar como absolutamente incapazes apenas os menores de dezesseis anos, e como relativamente incapazes, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não possam exprimir sua vontade, e os pródigos.

A nova legislação, no escopo de desvencilhar o estigma negativo e discriminatório que vinculava a incapacidade à deficiência, inseriu todas as pessoas com deficiência no mesmo bojo, elevando-as a capacidade civil plena, independentemente do grau de discernimento que apresentem para os atos da vida civil, o que acarretou em uma série de consequências no ordenamento, suscitando na doutrina questionamentos quanto à eficácia de semelhante alteração, que se por um lado, teve o intuito de preservar a autonomia da vontade da pessoa com deficiência, por outro, ensejou demasiada incongruência no ordenamento jurídico.

À luz das alterações promovidas, o Estatuto previu ainda como mecanismos de proteção às pessoas com deficiência que necessitem de auxílio em sua vida civil, a tomada de decisão apoiada, e excepcionalmente, à curatela, sendo que esta adquiriu novos delineamentos em razão das profundas alterações suscitadas pela norma em pauta, que se por um lado, restringiu sua aplicação às relações de natureza patrimonial e negocial de que o curatelado for titular, por outro, rompeu com a percepção de indivisibilidade que pairava sobre o instituto, admitindo a possibilidade de que mais de uma pessoa possa exercer o encargo de curador.

1 O DIREITO E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS SOB A PERSPECTIVA DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo, também conhecido como pós-positivismo, transformou a forma de se interpretar o Direito, tendo em vista que, ao romper a rigidez da ordem positivista até então vigente, buscou uma maior valorização e efetivação dos direitos fundamentais, superando o positivismo formal, e aproximando o direito e a moral. Para a melhor compreensão da dimensão dessa nova perspectiva, é imprescindível destacar as características que marcaram o positivismo jurídico clássico, que tendo sido a essência do Estado de Direito, visava o estabelecimento de segurança jurídica através do preciso cumprimento da lei, a qual uma vez válida deveria ser aplicada pelo Estado sem qualquer juízo de valor a ser emitido, ainda que importasse na violação de direitos fundamentais. (MORAIS, 2011; SOBRINHO, 2012)

A avaliação do Direito, a primazia da lei em detrimento da própria Constituição, e a subjugação do homem à norma, são características que marcam o positivismo jurídico, e as quais o neoconstitucionalismo se contrapõe diretamente, buscando, através da supremacia constitucional, limitar o poder estatal e concretizar os direitos fundamentais, independentemente de estarem ou não regulamentados em alguma lei. Dessa forma o neoconstitucionalismo reformula o sistema jurídico e inaugura o Estado Democrático de Direito, que tem como principal finalidade a efetivação dos direitos e garantias fundamentais assegurados no texto constitucional, não se admitindo qualquer violação aos preceitos estabelecidos na Magna Carta, ainda que exista lei que autorize semelhante circunstância. (MORAIS, 2011; SOBRINHO, 2012)

Com o advento do neoconstitucionalismo, reconhece-se força normativa aos princípios constitucionais, os quais gozam de imprescindibilidade por expressarem os valores e ideologias que norteiam determinada sociedade e devem ser fundamento para as demais normas existentes no ordenamento jurídico, superando a tradição positivista que atribuía normatividade apenas à lei. O Direito perde o caráter avolarativo, disseminado pela doutrina do positivismo jurídico, no qual a lei deveria ser aplicada independentemente dos efeitos que poderiam vir a ser gerados no caso concreto, e passa a ser axiológico, subsistindo não mais uma ideologia homogênea, mas uma diversidade de valores que serão aplicados na medida em que se mostrem adequados para reger determinada situação fática. (MORAIS, 2011; SOBRINHO, 2012)

A pessoa humana na perspectiva pós-positivista, é situada como o cerne do ordenamento jurídico, e nessa perspectiva, o Direito, sendo reflexo de uma realidade dinâmica e complexa que é a vida em sociedade, não pode restringir-se a ser apenas um conjunto de regras que tem como objetivo a busca pela ordem social, através da regulação do comportamento humano, mas de outro modo, tendo sempre como fundamento a dignidade da pessoa humana, que se constitui em um parâmetro para as demais normas, deve impulsionar a busca pela justiça e pelo bem comum, e efetivar os direitos fundamentais do indivíduo como a liberdade e a igualdade. (MORAIS, 2011; SOBRINHO, 2012)

1.1 O Direito

O Direito, vislumbrado como uma estrutura iminentemente vinculada à realidade social, e tendo como diretriz fundamental o ser humano, apresenta não apenas caráter repressivo, com a imposição de regras de comportamento e organização, mas de outro modo, sendo instrumento de transformação social, tem como finalidade a eliminação de qualquer discriminação negativa e a realização das pretensões da sociedade, respeitando em todas as circunstâncias, os direitos fundamentais de cada indivíduo. (AMARAL, 2003)

[...] Justifica-se, portanto, o direito na sua existência e nos seus efeitos, pela realização dos valores que a sociedade estabelece como finalidade básica do ordenamento jurídico e que, por isso mesmo, lhe servem de fundamento. O direito é, assim, uma realidade cultural e histórica que somente se compreende com a referência e o conhecimento dos valores que constituem a sua finalidade e a razão de ser. (AMARAL, 2003, p.14).

Sendo um produto histórico e cultural que reflete os anseios e valores defendidos pela sociedade em um determinado momento histórico, o Direito deve ser percebido como um sistema jurídico aberto e dinâmico, sensível tanto aos novos elementos que advêm com a evolução da sociedade, como à mutabilidade dos valores jurídicos que acompanham essa evolução, desempenhando a função imprescindível de fomentar a busca pela justiça material, pela ordem e pelo bem comum. (AMARAL, 2003)

Dessa forma, a ciência jurídica atual, sob a égide do neoconstitucionalismo, à medida que atribui força normativa a Constituição procura aproximar o fenômeno jurídico das exigências da realidade social, reaproximando direito, ética e justiça, predominando em razão da dimensão axiológica e teleológica atribuída ao constitucionalismo, os princípios jurídicos, que são representados pelos valores da liberdade, igualdade e, sobretudo da dignidade da pessoa humana. (SOARES, 2010)

1.2 Os princípios constitucionais

Os princípios constitucionais são normas de direitos fundamentais dotadas de normatividade e de plena eficácia com as demais normas, e exprimem os próprios valores difundidos na sociedade em determinado momento histórico, aproximando os sistemas normativos morais e jurídicos, e conferindo unidade a todo o ordenamento jurídico, devendo ser seguidos tanto na elaboração, quanto na aplicação de outras normas jurídicas, tendo em vista que sua observância viabiliza a concretização dos anseios da sociedade contemporânea. (VALE, 2007; PEIXINHO, 2015)

Com o advento do neoconstitucionalismo os princípios que antes eram aplicados de forma subsidiária, com função interpretativa ou integrativa das regras, adquirem relevante importância jurídica, pois constituem o fundamento de todo o sistema jurídico, e direcionam as ações do Poder Público em benefício dos cidadãos, reinserindo no âmago do próprio Direito, as preocupações com a satisfação da justiça material, da equidade e da moralidade, apresentando um elevado alcance de aplicação em razão da capacidade de se amoldarem a um grande contingente de situações fáticas e jurídicas. (VALE, 2007; PEIXINHO, 2015)

1.3 Princípio da dignidade da pessoa humana

A dignidade da pessoa humana é valor fundamental no ordenamento jurídico brasileiro que visa balizar a dimensão, a extensão e os limites dos direitos essenciais da pessoa. Nesse sentido, a pessoa humana é o ponto central do sistema jurídico, e o Direito, por intermédio de suas normas, métodos e técnicas, tem o dever assegurar ao ser humano não somente o direito à vida, mas o direito a viver com dignidade, em todas as suas dimensões, física, intelectual e moral. (FLORES, 2013)

Situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana se caracteriza como norma que respalda todo o sistema constitucional e orienta a compreensão dos direitos fundamentais, sendo um valor e finalidade a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade civil, que tem o dever de assegurar pressupostos materiais mínimos, para que cada indivíduo, possa ter uma existência digna, assim como de promover o respeito à integridade física, psíquica e intelectual das pessoas, que devem ter preservadas sua autonomia e livre desenvolvimento da personalidade. (FLORES, 2013)

A dignidade da pessoa humana é um princípio que confere unidade de sentido ao ordenamento jurídico, tendo em vista ser base para aplicação e interpretação de todos os princípios e regras do ordenamento jurídico, unificando os direitos humanos em uma sociedade voltada para a proteção da pessoa humana, a qual se encontra no cerne do sistema jurídico, e por essa razão, as leis devem ser elaboradas visando alcançar seu bem-estar. Sendo um valor intrínseco a cada ser humano e uma limitação a restrição de outros direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana traz em seu âmago a exigência da preservação da autonomia de cada indivíduo em autodeterminar-se como sujeito de direitos. (SOARES 2010)

O princípio em questão exige ao mesmo tempo tanto uma atuação negativa quanto positiva do Estado e dos particulares, sendo respectivamente, a primeira, visualizada na vedação de referidos agentes ingerirem-se na esfera de liberdade do sujeito, e a segunda, que exige que os mesmo agentes protejam o indivíduo contra qualquer ato que vise à aviltção de sua existência singular como ser humano, tendo em vista que, o fundamento e a essência de um Direito justo, é o próprio homem considerado em sua dignidade substancial de pessoa, devendo ser preservada sua integridade física e moral assim como satisfeitas as condições materiais para uma subsistência digna. (SOARES, 2010; FLORES, 2013)

Esse valor essencial existente, que tem força normativa que orienta as demais normas, constitucionais e infraconstitucionais, se constitui em um princípio fundamental, formado por valores que preponderam a depender do momento histórico e das singularidades pertencentes a cada grupo social, e por ser fundamento no qual se sustenta todo o sistema constitucional, direciona o intérprete no caso concreto na escolha por opções hermenêuticas que melhor concretizem os valores essenciais a uma vida digna. (SOARES, 2010)

1.4 Princípio da igualdade

A Constituição Federal de 1988 refere-se ao princípio da igualdade já em seu preâmbulo, no qual estão consagrados os valores que norteiam o Estado Democrático de Direito, e a igualdade se manifesta como uma garantia, incumbindo ao Estado, o dever de eliminar quaisquer desigualdades, discriminações e preconceitos que obstem o desenvolvimento social, devendo ser pluralista e integrador, justo e solidário, tendo o ônus não apenas somente em relação à concessão de direitos como também a garantia e proteção

destes, buscando dessa forma alcançar tanto a isonomia formal como material. (GUEDES, 2014)

Em consonância com o entendimento de Jefferson Guedes, a essência da igualdade formal se encontra no artigo 5º da Constituição Federal, a qual define de maneira categórica, a igualdade de todos perante a lei, enunciando que a nenhum cidadão pode ser negado o direito de ser tratado de forma igualitária, sendo vedada a segregação de qualquer indivíduo. Desta forma, a concepção de igualdade se impõe como um limite externo a toda atuação do Estado, se caracterizando como uma obrigação para o poder público em toda sua dimensão. (GUEDES, 2014)

O princípio da igualdade se aplica às três esferas do Estado, tanto ao Poder Executivo, na sua função administrativa, como ao Poder Judiciário, na sua atribuição quanto à aplicação das leis, seja quando declara a existência ou inexistência de direitos ou quando determina a execução de suas decisões, bem como ao Poder Legislativo, sendo neste caso, vedado ao legislador à criação de normas que estabeleçam tratamento desigual a pessoas que se encontrem na mesma situação, ou seja, o legislador, ao elaborar as leis, deve criar os mesmo encargos e conceder os mesmo privilégios aos indivíduos que se encontrem em semelhante situação. (GUEDES, 2014)

A igualdade pressupõe tanto uma função negativa quanto positiva. A primeira, que decorre da primeira geração de direitos fundamentais, diz respeito à vedação em relação a discriminações e privilégios injustos, que acarretam situações de desigualdades, ensejando por parte do Estado, ações negativas, de abstenção, as quais se consubstanciam na negação da desigualdade arbitrária de tratamento, contudo a função negativa da igualdade não exige o impedimento à discriminação em si, mas a impossibilidade de desigualação injusta. A função positiva da igualdade, que resulta da segunda geração de direitos fundamentais, e a qual apresenta um caráter iminentemente social, requer do Estado não somente a vedação em relação às desigualdades injustas, mas também reclama por ações positivas por parte do poder público, que tem o dever de intervir nas situações de desigualdade, com a finalidade de extingui-las, promovendo a integração dos segmentos desfavorecidos. (GUEDES, 2014)

Não obstante, é válido ressaltar que o tratamento diferenciado nem sempre acarreta violação ao princípio da igualdade, tendo em vista que a máxima da igualdade formal não consiste tratar a todos, em todas as situações, de forma igualitária, mas distinguir os que merecem distinções, se harmonizando com a premissa aristotélica de que os iguais devem ser tratados igualmente, e os desiguais devem ser tratados desigualmente, na proporção de suas

desigualdades. Assim sendo, ambas as funções atinentes ao princípio da igualdade, vedam as discriminações injustas, mas não impedem que haja diferenciações, visando à promoção da igualdade por meio da correção de desequilíbrios. (GUEDES, 2014)

O valor da igualdade, no âmbito do direito civil, se manifesta no entendimento de que todas as pessoas são iguais, no que tange a aptidão para serem titulares de direitos e deveres, sejam como sujeitos ativos ou passivos da relação jurídica, não podendo haver distinções infundadas quando estas adquirem personalidade civil, contudo, pode restar justificado um tratamento desigual, desde que o método de limitação usado pelo legislador atenda ao critério da proporcionalidade. (AMARAL, 2003)

Para que haja um tratamento desigual justificado constitucionalmente, é necessário buscar a finalidade de tal medida, que deve reclamar do Estado o dever de agir em face de direitos de igualdade de terceiros, e apenas pode ser utilizada na ausência de alternativas menos onerosas em relação às pessoas que serão alcançadas com a medida em questão, sendo necessária, a licitude do meio a ser escolhido pelo legislador, para justificar o tratamento dessemelhante, bem como, a relação de adequação entre meio utilizado e o objetivo que se pretenda alcançar com este tratamento. (MARTINS, 2012)

A previsão constitucional de igualdade é regra genérica e abstrata, e deve ser aplicada segundo as particularidades de cada sujeito de direito, através da identificação da vulnerabilidade que cada um apresenta, para que dessa forma, possa haver a adequada promoção de sua dignidade, e a concretização da igualdade material, tendo em vista que, a negativa quanto ao reconhecimento das diferenças existentes, pode ensejar em um aumento potencial da vulnerabilidade manifestada. (MARTINS, 2012)

1.5 Princípio da liberdade

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas de 1948, suscita o reconhecimento explícito do valor fundamental da liberdade, o qual tem como elemento central a capacidade do indivíduo de autodeterminar-se, segundo os seus próprios valores, gerindo a sua vida sem interferências externas, através de seu próprio poder de decisão, e guarda vínculo direto e dependente com outro valor que rege todo o ordenamento jurídico, qual seja a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que é apenas pelo respeito e promoção do último que a liberdade do indivíduo pode ser manifestada. (RUIZ, 2006; MARTINS, 2012)

Apesar do Estado ser um ente hierárquico e soberano, responsável por regular a atuação do indivíduo na sociedade, este não pode se justapor a todo e qualquer momento sob a vontade individual de cada ser humano, mas de outro modo, deve viabilizar que cada indivíduo possa se desenvolver e realizar seus anseios pessoais, como agente capaz de conduzir todas as questões que dizem respeito a esfera privada de sua vida, tendo em vista que estas se relacionam com a vontade e a liberdade de autodeterminação do próprio sujeito, como exteriorização de sua dignidade, apenas se justificando a ingerência do Estado na esfera pessoal do agente, para a garantia de direitos fundamentais de quem se encontre em alguma situação de vulnerabilidade, que não permita o exercício autônomo de seus próprios direitos, persistindo o dever do Estado em defender e garantir sua dignidade, igualdade e liberdade. (RUIZ, 2006)

2 PERSONALIDADE CIVIL E CAPACIDADE CIVIL

O Direito tem a função precípua de propiciar a convivência social, assegurando direitos fundamentais na regulação e solução de dissensões, e nesse sentido, a pessoa humana, que se caracteriza como elemento primário para a existência de uma relação jurídica, é o ponto inicial, e fim do estudo do Direito, visto que a necessidade de se regular conflitos existe, quando um ser individual, vivendo em sociedade, entra em confronto com outras pessoas. (FLORES, 2013)

Os conceitos de pessoa e personalidade são amplamente relacionados, de modo que, ao nascer com vida, a pessoa é detentora de personalidade, possuindo a qualidade de sujeito de direitos, sendo, portanto, conceitos indissociáveis, tendo em vista que, por ser a personalidade um atributo inerente a pessoa, não subsiste a hipótese de uma pessoa ser destituída de personalidade, e nem tampouco, a personalidade ser desvinculada de uma pessoa. (FLORES, 2013)

Todo ser humano ao nascer com vida adquire personalidade jurídica, torna-se sujeito de direitos, e possui capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações, podendo esta ser vista sob a perspectiva da capacidade de direito, ou de fato, ou seja, como um atributo a todos conferido pela simples ocorrência do nascimento com vida, ou de outro modo, pode se restringir a algumas pessoas, em razão de sua capacidade de entendimento, inteligência e vontade. (AZEVEDO, 2012)

2.1 Conceito de pessoa

“Pessoa é o ente físico ou coletivo suscetível e direitos e obrigações, sendo sinônimo de sujeito de direito. Sujeito de direito é aquele sujeito de um dever jurídico, de uma pretensão ou titularidade jurídica”. (DINIZ, 2014, p.129)

Segundo Amaral (2003), pessoa é o ser com personalidade jurídica, ou seja, é a pessoa física ou jurídica que possui aptidão para ser titular de direitos e deveres, é o ser humano sujeito de direito.

2.2 Personalidade jurídica

A personalidade jurídica consiste na aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, ou seja, é a possibilidade de ser sujeito de direito. Os conceitos de personalidade e de pessoa são indissociáveis, tendo em vista que a personalidade é um atributo da pessoa, e ser pessoa significa ter personalidade jurídica. Desta forma, não existe pessoa destituída de personalidade, e nem personalidade desvinculada de uma pessoa. (FLORES, 2013; DINIZ, 2014)

Não se caracteriza como um direito subjetivo da pessoa, pois se assim o fosse poderia haver a destituição da personalidade, uma vez que por mais substancial que seja um direito, existe a possibilidade do mesmo ser violado, suprimido ou negado. Dessa forma, sendo a personalidade um conceito intrínseco a pessoa, não pode ser um direito, posto que se negado, poderia haver a hipótese inconcebível de uma pessoa sem personalidade jurídica. (FLORES, 2013)

Assentado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, a personalidade jurídica, e todos os direitos que dela decorrem, devem ser conferidos de forma igualitária a todos, ou seja, nenhuma pessoa possui valor maior à personalidade em detrimento de outrem, pois se assim o fosse, haveria espaço para a discriminação, contrariando ao que dispõe o artigo 5º, caput, da Constituição Federal de 1988. (AMARAL, 2003)

Segundo Flores (2013), a personalidade jurídica é indisponível, e independe da consciência ou da vontade do indivíduo, não podendo haver a renúncia dessa prerrogativa inerente à condição da pessoa. Desta forma, ainda que falte compreensão ao indivíduo acerca de seus atos, este é reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio como pessoa, e por esta razão, é dotado de personalidade jurídica.

2.3 Início e fim da personalidade jurídica

Tendo em vista que a personalidade é um atributo jurídico do ser pessoa, e configura a aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, necessário se faz o aprazamento do momento em que ocorre o início da personalidade, pois é a partir deste, que a pessoa se torna sujeito de direitos, e passa a dispor da capacidade de direito. (FLORES, 2013)

Em relação ao início da personalidade jurídica, dois elementos permeiam o tema, quais sejam a concepção e o nascimento, e destes resultam as principais teorias presentes em

nosso ordenamento jurídico, que são respectivamente, as teorias concepcionistas, natalistas e da personalidade condicional. (FLORES, 2013)

O início da personalidade jurídica, sob a perspectiva da teoria concepcionista, ocorre a partir da concepção, visto que na vida intra-uterina, existe um ser pertencente ao gênero humano, provido de características genéticas próprias, o que o faz desde logo, um sujeito de direito. Sob a égide desta teoria, ao nascituro, são conferidos copiosos direitos, tanto na ordem patrimonial, a exemplo do direito a receber doação, herança e alimentos, como pessoal, tendo como principal exemplo, o direito à vida, não havendo razões para negar-lhe personalidade jurídica, desde a sua concepção, caracterizando-se desde logo, como sujeito de direito. (FLORES, 2013)

De outro modo, em consonância com a teoria natalista, que se caracteriza como a posição predominante no direito brasileiro, a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida, conforme disposto no artigo 2º do Código Civil de 2002: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Deste modo, de acordo com o entendimento desta corrente, o nascimento com vida, é o termo inicial para a aquisição da personalidade jurídica, e o nascituro, não se caracteriza como um ser provido de personalidade jurídica, e por essa razão, não é acolhido como sujeito de direito. (AMARAL, 2003; FLORES, 2013)

A teoria da personalidade condicional emana das teorias concepcionista e natalista, e para os defensores desta corrente, a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida, ou seja, antes do nascimento, o feto não possui personalidade, contudo, lhe é assegurado à proteção dos direitos que possa ser titular, ainda que não sejam direitos efetivos, mas mera expectativa de direito, sob condição suspensiva, dependendo, portanto, do nascimento com vida para se consolidar. (FLORES, 2013)

Tendo conhecimento da posição adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro em relação ao início da personalidade jurídica, imprescindível se faz destacar o fim da existência da pessoa natural, e consequentemente de sua personalidade jurídica, a qual ocorre com a morte, sendo insuficiente para a caracterização de referido fenômeno, a parada cardíaca do indivíduo, mas de outro modo, pelo fato da vida se vincular com a existência da atividade cerebral, somente a morte cerebral põe fim a personalidade jurídica. (AZEVEDO, 2012).

Para fins de caracterização da morte, esta pode ser real ou presumida. Dessa forma, se a primeira se caracteriza pela presença do cadáver, que estabelece prova concludente do

fim da existência de determinada pessoa, a segunda ocorre diante da ausência ou inexistência do cadáver, devendo neste caso, existir evidências de que a morte ocorreu, ou seja, na ausência de prova cabal do óbito, mas ante toda a clareza de que o mesmo ocorreu, presume-se a ocorrência deste. (FLORES, 2013; DINIZ, 2014)

A morte presumida pode ocorrer em razão da ausência, quando autorizada por lei à abertura da sucessão definitiva, ou sem a decretação desta, hipóteses que levam à quase certeza de morte. A presunção é *juris tantum*, ou seja, é uma presunção relativa, que comporta prova em contrário tanto em relação à ocorrência da morte, quanto em relação ao modo como ocorreu, ou ao momento em que se deu, podendo ser desfeita frente ao caso concreto. (FLORES, 2013)

2.4 Dos direitos da personalidade

A personalidade jurídica é pressuposto de todos os direitos subjetivos dos quais as pessoas são ou possam se tornar titulares, ou seja, todos os direitos subjetivos inerentes à pessoa advêm de forma direta ou indireta, da personalidade que lhe é conferida. Sendo assim, ao adquirir a personalidade um conjunto de direitos se vincula à pessoa. (FLORES, 2013)

Acerca do tema Amaral (2003, p.249), entende que “direitos da personalidade são direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”. Esses direitos são indispensáveis para a configuração da personalidade jurídica, e permitem que cada pessoa possa defender o que lhe é próprio, como por exemplo, sua vida, identidade, liberdade, imagem, privacidade e honra, não possuindo caráter patrimonial, embora em caso de violação, sejam passíveis de indenização. (AMARAL, 2003; FLORES, 2013)

Os direitos da personalidade são personalíssimos e absolutos. Personalíssimos, pois se incorporam à personalidade jurídica de seu titular com o nascimento com vida, e em regra, são extintos apenas com a morte, e absolutos, uma vez que exigem o dever de respeito por parte da sociedade e do Estado, que tem o ao mesmo tempo, tanto o dever de abstenção em relação aos mesmos, como de promoção, visando em todo caso sua proteção. (FLORES, 2013)

Sendo inerentes à pessoa humana e inseparáveis da personalidade jurídica do seu titular, os direitos da personalidade, em regra, são indisponíveis, tendo em vista que não existe a possibilidade de serem renunciados ou até mesmo alienados. Nesse sentido, a pretensão da

tutela desses direitos pode ser exercida a qualquer tempo, uma vez que estes não se adquirem pelo uso, e nem tampouco se extinguem pelo desuso. (FLORES, 2013)

2.4.1 Proteção jurídica

A tutela jurídica dos direitos da personalidade encontra respaldo na Constituição Federal, ao instituir em seu artigo 1º, o valor que rege o ordenamento jurídico brasileiro, qual seja a dignidade da pessoa humana, bem como na legislação ordinária, civil e penal. No que tange a proteção constitucional desses direitos, são disciplinados como liberdades públicas, recebendo regulamentação de cunho fundamental, ou seja, todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, que possuem garantias específicas, visando à defesa da dignidade da pessoa em face dos poderes públicos. (BITTAR, 2015)

Na esfera civil, Bittar (2015, p.87), entende que “[...] perfaz-se a proteção por meio de instrumentos de preservação da pessoa no circuito privado, contra investidas de particulares e na salvaguarda de seus mais íntimos interesses, dentro da liberdade e da autonomia próprias de cada ser”. No âmbito penal, os direitos da personalidade contam com tutela repressiva, que tem como principal objetivo a sua preservação em face de crimes que atentem, por exemplo, contra a vida, a saúde, a honra e a intimidade do indivíduo. (BITTAR, 2015)

2.4.2 Natureza jurídica

Diante da controvérsia existente quanto à natureza jurídica dos direitos da personalidade, na qual debate-se se estes são atributos inerentes à condição da pessoa humana, se encontrando em uma dimensão supra legal, ou de outro modo, somente são reconhecidos quando positivados, Flores (2013), entende que, tais direitos são atributos decorrentes da natureza humana, e independem de previsão legal para a sua admissão e proteção, tendo em vista que, ainda que não sejam formalmente reconhecidos pelo Estado, ainda subsistem, sendo o seu reconhecimento importante, não para a existência desses direitos, mas para viabilizar uma maior proteção dos mesmos.

Situamo-nos entre os naturalistas. Entendemos que os direitos da personalidade constituem direitos inatos – como a maioria dos escritores ora atesta –, cabendo ao Estado apenas reconhecê-los e sancioná-los em um ou outro plano do direito positivo – em nível constitucional ou em nível de legislação ordinária –, e dotando-os de proteção própria, conforme o tipo de relacionamento a que se volte, a saber: contra o arbítrio do poder público ou as incursões de particulares. (BITTAR, 2015, p.38)

Consoante com o entendimento de Bittar (2015), os direitos da personalidade, por serem inerentes à pessoa humana, existem antes, e independem do ordenamento positivo, não podendo limitar-se a este, pois se assim o fosse, haveria a redução do Direito a normas positivas, e ao entendimento de que, o Estado seria o responsável por definir os direitos que serão aplicados à sociedade, hipótese esta inverídica, uma vez que o Estado tem apenas o dever de reconhecer direitos que a sociedade define como merecedores de proteção jurídica.

2.4.3 Classificação

Os direitos da personalidade podem ser classificados, segundo a natureza do objeto da tutela jurídica, e assim sendo, existem os direitos de ordem física, os direitos de ordem intelectual, e os direitos de ordem moral. Os direitos de ordem física tutelam a integridade dos valores da natureza física do homem, se vinculando a componentes materiais da estrutura humana. Os direitos de ordem intelectual são os direitos que protegem o direito moral do autor, garantindo dessa forma sua integridade intelectual. Os direitos de ordem moral se relacionam com os atributos valorativos da pessoa na sociedade, ou seja, consistem na proteção concernente a honra, liberdade, intimidade, imagem e ao nome. (AMARAL, 2003; FLORES, 2013)

Segundo Bittar (2013, p.49), no que tange aos direitos da personalidade:

Como se observa, esses direitos referem-se, de um lado, à pessoa em si (como ente individual, com seu patrimônio físico e intelectual), e, de outro, à sua posição perante outros seres na sociedade (patrimônio moral), representando, respectivamente, o modo de ser da pessoa e suas projeções na coletividade (como ente social).

2.4.3.1 *Direito à integridade física*

São direitos relacionados à própria existência da pessoa, compreendendo o direito à vida, ao próprio corpo em sua integridade, ou parcialmente, enquanto portador de vida, ou como cadáver, assim como, a liberdade de submeter-se ou não a exame ou tratamento médico. Entre os direitos de ordem física, o direito à vida, que encontra posição de primazia em nosso ordenamento jurídico, e estende-se a toda pessoa humana, concebida natural ou artificialmente, independentemente do estado físico ou psíquico no qual se encontre, vem adquirindo alcance mais expressivo, com a inserção da ideia de dignidade na qualificação da vida, incumbindo ao Estado e a sociedade, a promoção desse objetivo. (FLORES, 2013; BITTAR, 2015;).

O direito à integridade física é outro direito de grande relevância, pelo qual se exige o combate a qualquer espécie de dano ao corpo ou a mente de uma pessoa, de modo que, uma vez preservada a sua saúde física e mental, esta possa desenvolver as aptidões que lhe são próprias. No mesmo sentido, o direito a inviolabilidade do corpo, sendo um direito da personalidade, e expressão do direito à integridade física, acompanha o seu titular do nascimento até a morte, mas de modo distinto ao que ocorre no direito à vida, pode sofrer limitações em determinadas condições, e sob certos limites. (FLORES, 2013; BITTAR, 2015)

Consoante com o artigo 13 do Código Civil de 2002, no caso da disponibilidade do corpo não implicar em redução permanente da integridade física, como é o caso da doação de órgãos que se regeneram naturalmente, não contrariar os bons costumes, ou seja, a prática em questão for aceita pela sociedade, no momento histórico em que esteja sendo discutida, bem como se tratar de exigência médica, como na hipótese de cirurgias que ensejam a mutilação de membros, para fins de tratamento médico, ou quando a disponibilidade ocorrer com a finalidade de transplante, ainda que haja redução da integridade física, não haverá sanção. Desta forma, a pessoa tem o direito de dispor de seu próprio corpo, mas lhe é vedado à disposição que resulte na inviabilização da vida ou da saúde, ou que não esteja em conformidade com a aceitabilidade social. (FLORES, 2013; DINIZ, 2014)

O direito ao corpo acompanha a pessoa humana, desde a sua formação, até a sua morte, e segundo Bittar (2015, p.139) “é o instrumento pelo qual a pessoa realiza sua missão no mundo fático”, devendo, portanto, ser preservado e protegido. Mencionado direito refere-se tanto ao corpo em sua totalidade, quanto às partes que dele se possam individualizar, e sobre as quais a pessoa pode dispor, e sua tutela se estende tanto para o corpo animado, como inanimado, apresentando neste último caso, efeitos *post mortem*. (AMARAL, 2003; BITTAR, 2015)

Em relação ao direito dos familiares, ou da própria pessoa, de dispor de seu corpo em vida, para após a morte, é importante compreender o dever de respeito que o ordenamento jurídico pátrio exige, em relação ao corpo humano, como depositário da dignidade humana, ainda que não tenha mais vida, e nesse sentido, o artigo 14 do Código Civil de 2002, estabelece como válida a disposição gratuita do corpo, total ou parcialmente, após a morte, desde que para fins altruísticos ou científicos, devendo prevalecer, à manifestação expressa do doador de órgãos em vida, em detrimento da vontade dos familiares, e apenas em caso de omissão daquele, está autorizada a retirada de órgãos do corpo do morto por familiares. (FLORES, 2013).

2.4.3.2 *Direito à integridade moral*

Consiste na proteção jurídica conferida à pessoa, no tocante ao seu nome, sua imagem, privacidade, honra, e liberdade. No que tange ao tema, Flores (2013, p.190) entende que:

[...] Dentro do campo dos direitos da personalidade, provavelmente, seja este o que se apresenta com contornos mais indefinidos e difusos, bem como onde mais nos deparamos com o conflito entre os direitos ínsitos a personalidade individual e os interesses gerais que se desbordam em direitos coletivos. Há que se atentar a limites que, impossíveis de serem pré-fixados genericamente, devem ser muito bem estabelecidos no caso concreto, de sorte a que não se caia nem no encastelamento egoístico do indivíduo por uma tutela desmedida que impeça a efetivação de outros direitos fundamentais, como à segurança, à informação e outros, nem tampouco se sufoque o indivíduo, retirando-lhe os predicados inerentes a sua identidade própria e a sua existência singular, em nome de um etéreo e nem sempre legítimo interesse coletivo.

O direito fundamental que inaugura o rol dos direitos de cunho moral é o direito ao nome, tendo em vista que vincula tanto o indivíduo, como a sociedade. A importância de tal direito segundo Amaral (2003, p.270) “[...] reside no fato de que as relações jurídicas se estabelecem entre pessoas, naturais e jurídicas, cujo exercício dos respectivos direitos exige que se saiba quem são os titulares”.

O direito essencial ao nome, cuja tutela alcança o pseudônimo, aduz que a pessoa deve ser reconhecida em sociedade, por denominação própria, que a identifica e a diferencia, não se caracterizando apenas como um direito subjetivo, mas como um dever de interesse da sociedade, que tem o dever de respeitá-lo. (AZEVEDO, 2012)

Conforme entendimento de Amaral (2003), o direito à imagem, é o direito que a pessoa tem, de não ver divulgado seu retrato sem sua autorização, podendo sofrer limitação apenas quando se tratar de exigência da ordem pública, ou quando necessário à administração da justiça, não podendo em qualquer caso, atingir a honra, a boa fama, e a respeitabilidade do indivíduo, sendo vedada a destinação para fins comerciais.

Acerca do tema Diniz (2014, p.147), entende que “é o direito de ninguém ver sua efígie exposta em público ou mercantilizada sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente”. Não obstante, o direito à imagem não pode inibir a aplicação de outros direitos fundamentais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim deliberado na IV Jornada de Direito Civil, no enunciado 279 do Conselho da Justiça Federal (CJF), o qual previu que:

A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.

Nesse sentido, considerando a necessidade do direito à imagem ser interpretado de forma sistemática, é admissível, a divulgação não autorizada, de imagem alheia, quando esta for imprescindível para a concretização de outro direito fundamental, especialmente, o direito à informação. Em contraponto, quando houver consentimento para a utilização da imagem de um indivíduo, este deve ser interpretado de forma restritiva, não sendo possível ser empregado de forma indiscriminada. (FLORES, 2013).

Fundamento basilar do direito à imagem é o direito à privacidade, ou direito ao recato, o qual consiste na prerrogativa de cada pessoa, em ter resguardada a intimidade de sua vida privada, devendo ser eliminada, qualquer ofensa a aspectos particulares ou íntimos da vida de cada indivíduo, compreendendo seu lar, sua família e a correspondência do titular. Caracteriza-se como um direito de cunho negativo, no sentido que, exige por parte da coletividade, uma atitude de abstenção, no que tange a elementos particulares da esfera privada, não podendo haver acesso de terceiros aos domínios da confidencialidade do sujeito. (BITTAR, 2015)

Crítica relativa à complexidade para a efetivação do direito à privacidade na contemporaneidade se relaciona com a exposição constante que a pessoa é submetida aos mais diversos tipos de público, sem seu consentimento, em razão da progressão tecnológica, havendo a necessidade de uma tutela jurídica eficiente, que assegure que a invasão da privacidade, apenas ocorra quando houver legítimo interesse público. Nesse sentido, a limitação do direito fundamental em questão, só é possível quando necessário à proteção de outro direito fundamental, devendo haver a compatibilização da privacidade com os demais interesses dignos de tutela jurídica pelo ordenamento. (FLORES, 2013)

Outro elemento de cunho moral, e imprescindível à composição da personalidade, é o direito à honra, que deve ser a todos igualmente conferido. Sobre este direito Amaral (2003, p.268), entende que “[...] é a dignidade pessoal e a consideração que a pessoa desfruta no meio em que vive. È o conjunto de predicados que lhe conferem consideração social e estima própria. È a boa reputação”. O direito a honra, alcança tanto a honra objetiva, que é o conceito externo que se faz de alguém, se referindo ao bom nome e reputação perante a sociedade, bem

como, a honra subjetiva, que se caracteriza como o sentimento pessoal de estima, ou a consciência da própria dignidade. (BITTAR, 2015)

Acerca do direito à honra, cujo bem jurídico tutelado é a reputação, Bittar (2015, p.203), entende que:

A necessidade de proteção decorre, principalmente, do fato de que a opinião pública é muito sensível a notícias negativas, ou desagradáveis, sobre as pessoas, cuidando o sistema jurídico de preservar o valor em tela, de um lado, para satisfação pessoal do interessado, mas, especialmente, para possibilitar-lhe a progressão natural e integral, em todos os setores da vida na sociedade (social, econômico, profissional, político).

Assim como os demais direitos da personalidade, o direito à honra é um direito fundamental, que encontra suporte no âmbito interno e internacional, sendo neste último caso, previsto no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, a qual dispõe que, “Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação”. Contudo, é importante denotar que é permitida a chamada *exceptio veritatis*, não caracterizando como violação do direito à honra, a exteriorização ou divulgação de fatos verdadeiros que sejam de interesse público. (AMARAL, 2003; BITTAR, 2015)

O direito à liberdade constitui mais um direito de ordem moral, e se caracteriza como a prerrogativa que cada indivíduo possui, de desenvolver suas atividades em sociedade, sem qualquer intervenção estatal, ou de outras pessoas, e para esse fim, o ordenamento jurídico confere-lhe a proteção indispensável em pontos essenciais à personalidade humana, como a locomoção, o pensamento e sua expressão, a crença, a associação, o ensino e o trabalho. Dessa forma, obtendo proteção jurídica em diversas circunstâncias, cada pessoa tem o poder de exercer sua autonomia de acordo com a sua própria vontade, podendo para a defesa de seus interesses, se opor a toda ação praticada pelo Estado, ou por pessoa física ou jurídica, que atente contra a defesa do direito em questão, o qual se constitui em uma garantia fundamental. (AMARAL, 2003; BITTAR, 2015)

2.4.3.3 *Direito à integridade intelectual*

Segundo Flores (2013, p.304), “o direito à integridade intelectual trata da proteção ao produto da inteligência humana, em todos os campos, ou seja, da criação científica, à literária ou artística”, sendo o direito do autor, a principal expressão do direito à integridade intelectual, o qual envolve tanto o aspecto pessoal, que se caracteriza como o direito do autor

de ver reconhecida a autoria da obra literária, artística ou científica que produziu, como o aspecto patrimonial, que consiste no direito do autor de utilizar, fruir e dispor da obra intelectual, bem como, de autorizar sua utilização ou fruição por terceiros, de forma onerosa ou gratuita, por meio de edição, tradução, adaptação ou transmissão. (AMARAL, 2003; FLORES, 2013)

2.5 Capacidade civil

Todo ser humano, ao nascer com vida, adquire personalidade jurídica, torna-se sujeito de direitos, e possui a capacidade para adquirir direitos e contrair obrigações. A capacidade pode ser vista juridicamente sob dois aspectos, quais sejam, a capacidade de direito ou de gozo, que é a aptidão inerente a todo ser humano para ser titular de direitos e deveres, e a capacidade de fato ou de exercício, a qual não sendo inerente a todos os seres humanos, se relaciona com o exercício eficaz dos direitos civis de forma autônoma, independente da interferência de terceiros na qualidade de representante ou assistente.(AZEVEDO, 2012)

A capacidade de direito é reconhecida em um sentido de universalidade, como pode ser visto no artigo 1º do Código Civil, o qual prescreve que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, sendo, portanto, o termo “pessoa”, empregado tendo como destinatário todo ser humano, sem qualquer distinção de sexo, idade, raça e crença. Deste modo, à medida que a capacidade de direito decorre do nascimento com vida, hipótese esta que quando preenchida é aplicável a todas as pessoas naturais, a capacidade de fato depende da capacidade natural de entendimento, inteligência e vontade da pessoa (AMARAL 2003; DINIZ, 2014)

Acerca do tema Francisco Amaral entende que:

A capacidade de direito é fundamental, “porque contém potencialmente todos os direitos de que o homem pode ser sujeito”, e é indivisível, irredutível e irrenunciável. A capacidade de fato é variável e nem todos a têm. Comporta diversidade de graus, pelo que as pessoas físicas podem ser capazes, absolutamente incapazes e relativamente incapazes, conforme possam, ou não, praticar validamente os atos da vida civil. (AMARAL, 2003 p.229)

Nessa linha, é válido denotar a distinção clara entre incapacidade e legitimação. Enquanto a incapacidade resulta de uma qualidade da pessoa que lhe gera a impossibilidade de praticar determinados atos da vida civil, a legitimação se relaciona com a inaptidão de praticar determinado ato específico, em razão da posição que determinada parte ocupa em

relação a outras pessoas, havendo desse modo, limitações ao poder de agir, apesar da pessoa neste último caso, ser capaz para os atos da vida civil, ou seja, sendo uma prerrogativa de atuar concretamente em determinada relação jurídica, a pessoa pode ser capaz e não ter legitimidade, em razão de uma exigência legal que vise o preenchimento de requisitos subjetivos ou objetivos para a celebração de determinados atos, considerando a natureza da relação em questão e o sujeito ativo ou passivo que se apresenta no caso concreto. (AMARAL, 2003; AZEVEDO, 2012; FLORES, 2013)

2.5.1 Teoria da incapacidade antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Conforme entendimento de Flores (2013), o Código Civil de 2002, fundamenta toda a teoria da incapacidade na existência ou não de discernimento do agente, bem como na redução ou impossibilidade do mesmo externar a sua vontade, sendo irrelevante a causa que originou a deficiência na vontade. Dessa forma, a impossibilidade de expressão da vontade ou a ausência de discernimento necessário para a prática de um ato civil, enquadra o agente como absolutamente incapaz, mas de outro modo, se possuir discernimento, em nível reduzido, será considerado relativamente incapaz.

A capacidade de fato, que é aptidão para que o sujeito possa praticar atos que tenham efeitos jurídicos, se constitui como regra no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, alguns fatores podem impedi-la ou limitá-la, podendo ensejar a incapacidade total para o exercício de atos da vida jurídica, ou de outro modo, podem apenas restringi-la a certos atos ou a maneira de exercê-los, acarretando na incapacidade relativa do indivíduo. Dessa forma, a declaração da incapacidade do indivíduo é medida de caráter excepcional, que tem finalidade de proteger os interesses de todos aqueles que não podem exercer com autonomia os atos da vida civil. (AMARAL, 2003; DINIZ, 2014)

O ordenamento jurídico estabelece dois graus distintos de incapacidade, considerando os níveis de aptidão da vontade do incapaz e do discernimento por ele apresentado, quais sejam, a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa. A primeira alcança todo e qualquer ato jurídico, de modo que o absolutamente incapaz não pode praticar validamente nenhum ato jurídico, sendo este nulo de pleno direito, devendo ser substituído por um representante legal para que o ato praticado possa produzir efeitos. Ao contrário, a incapacidade relativa alcança apenas determinados atos, podendo dessa forma, o relativamente incapaz praticar validamente determinados atos, devendo ser assistido nos que lhe são vedados, e caso assim não ocorra o ato será anulável. (FLORES, 2013)

2.5.1.1 Incapacidade absoluta

No tocante a incapacidade absoluta, prevista no artigo 3º do Código Civil de 2002, a idade, a doença física ou mental que enseje a falta de discernimento, ou a impossibilidade de exprimir a vontade, por causa transitória ou permanente, são fatores que geram a inaptidão total para os atos da vida civil, sendo reputados nulos os atos praticados nessas circunstâncias, e o incapaz será sujeito à curatela, ressalvados os menores de 16 anos, que não serão submetidos a tal medida, tendo como base tão somente o fator etário. (AMARAL, 2003; AZEVEDO, 2012)

A idade como fator que impossibilita o exercício da capacidade de agir, se aplica objetivamente, aos menores de dezesseis anos, os quais são carentes do necessário discernimento para atuarem no mundo jurídico, não podendo praticar validamente atos jurídicos por si mesmos, hipótese em que serão nulos, devendo ser representados por seus pais, e na falta ou impossibilidade destes, por tutores designados pelo juiz. Por conseguinte, toda pessoa, do nascimento até completar dezesseis anos, é vislumbrada pelo ordenamento como absolutamente incapaz, independente de sua inteligência, vivacidade ou experiências de vida. (FLORES, 2013)

A manifestação livre da vontade pelo menor de dezesseis anos, embora seja absolutamente incapaz, pode ser relevante em determinados casos, como prenuncia o Enunciado nº 138, da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual: “A vontade dos absolutamente incapazes, na hipótese do inciso I do art. 3º é juridicamente relevante na concretização de situações existenciais a eles concernentes, desde que demonstrem discernimento bastante para tanto”. (FLORES, 2013)

Outra hipótese de incapacidade total ocorre na falta de discernimento em razão de enfermidade ou deficiência mental, circunstância na qual se faz necessária adequado processo de interdição. A sentença de interdição, ao afastar a capacidade de exercício, e ao reconhecer o estado de anomia psíquica preexistente do interditando, retroage, produzindo efeitos *ex tunc*, alcançando os atos praticados antes da interdição, desde que haja provas de sua situação mental no momento em que o ato que se tencione anular tenha sido praticado. É válido denotar, que as doenças mentais que apresentam surtos seguidos de intervalos de lucidez, não impedem a interdição, desde que haja um estado duradouro que justifique a adoção de referido procedimento, podendo não ser contínua, e neste caso uma vez interditado, os atos praticados, ainda que durante os intervalos lúcidos, são nulos. (FLORES, 2013; DINIZ, 2014)

São igualmente consideradas absolutamente incapazes, todas as pessoas que não possam exprimir a sua vontade, ainda que por causa transitória, entretanto, é conveniente salientar que a característica de brevidade não é imprescindível para a caracterização desta hipótese, a qual se concretiza simplesmente em face da impossibilidade do agente em exteriorizar as suas escolhas, seja por motivo permanente ou transitório, distinguindo-se da previsão anteriormente exposta, quando o incapaz, apesar da falta de discernimento, em razão de enfermidade ou deficiência mental, pode declarar a sua vontade, embora esta não seja hábil a produzir efeitos jurídicos. No que diz respeito à interdição, em se tratando de causa temporária, só haverá a necessidade em relação à adoção de referido procedimento, quando for indispensável à proteção dos interesses do incapaz. (FLORES, 2013; DINIZ, 2014)

A idade avançada por si só não causa limitação à capacidade de fato, uma vez que mesmo em semelhante circunstância, o indivíduo pode ter pleno discernimento na prática dos atos civis, entretanto, se vier acompanhada da chamada síndrome da senilidade, a qual conduz a uma redução da capacidade mental, haverá a decretação de incapacidade, mas não tendo como causa a idade, mas a senilidade, que pode ser manifestar de forma precoce. De forma similar, a surdez e a mudez não são entendidas como causas de incapacidade, podendo tais pessoas, praticarem validamente atos jurídicos que não dependam do sentido que lhes falem, salvo se impedirem a manifestação de vontade do indivíduo, hipótese em que serão considerados como absolutamente incapazes, sendo reputados nulos todos os atos praticados. (AMARAL, 2003; FLORES, 2013; DINIZ, 2014)

O instituto da ausência, segundo Maria Helena Diniz “[...] é o instrumento jurídico pelo qual se protegem os interesses daquele que se afastou de seu domicílio, sem deixar procurador ou representante e do qual não há notícias”. (DINIZ, 2014. p.181). Referida medida era elencada pelo Código Civil de 1916, como hipótese de incapacidade absoluta, mas revogada pelo atual Código, se trata de um erro técnico, considerando a possibilidade de reaparecimento do ausente, oportunidade na qual poderá exercer validamente todos os atos da vida civil, sendo a curadoria realizada sobre os bens da pessoa desaparecida e não sobre sua pessoa, inexistindo dessa forma, a incapacidade por ausência. Diante da impossibilidade de outras pessoas que não as enunciadas no rol dos absolutamente incapazes serem submetidas à curatela, a deficiência física, a cegueira, o analfabetismo por si só, quando não acarretam na falta de discernimento ou na impossibilidade da manifestação de vontade pelo agente, não constituem motivo suficiente para a interdição (DINIZ, 2014)

2.5.1.2 Incapacidade relativa

A incapacidade relativa, prevista no artigo 4º do Código Civil de 2002, se restringe à prática de determinados atos ou a maneira de realiza-los, tendo como pressuposto a ocorrência de uma redução do discernimento, independente da causa que o tenha originado, e uma vez considerada relativamente incapaz, a pessoa pode praticar por si só os atos da vida civil, contanto que assistida por quem a ordem jurídica encarrega desse ofício, em razão de parentesco, relação de ordem civil ou designação judicial. Pelo fato de se encontrarem em uma posição intermediária entre a capacidade plena e a incapacidade absoluta, os atos praticados pelas pessoas relativamente incapazes, sem assistência de pessoa legalmente constituída, podem ser confirmados ou ratificados em certas circunstâncias, e em outras, lhes são admitidas a livre prática desses atos, sem qualquer autorização. (FLORES, 2013; DINIZ, 2014)

Em relação à incapacidade relativa decorrente da idade, o Código Civil de 2002 reduziu o limite para a aquisição da capacidade plena, a qual ocorria apenas aos vinte e um anos, para dezoito anos, sendo incapazes, relativamente a certos atos ou a maneira de exercê-los, os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos, hipótese em que apesar da lei não lhes autorizar praticar validamente a totalidade dos atos da vida civil, reconhece capacidade civil para a prática de determinados atos. Assim, o maior de dezesseis anos, independentemente de ser assistido por seus pais ou tutores, pode praticar certos atos como, por exemplo, ser testemunha e mandatário, mas de outro modo, existem atos que dependem de autorização prévia, como é o caso do casamento. (AMARAL, 2003; FLORES, 2013)

Distinta hipótese que caracteriza a incapacidade relativa é o caso dos ébrios habituais, dos viciados em tóxicos e dos deficientes mentais, tendo como parâmetro em todas as circunstâncias, o discernimento reduzido pelo vício ou pela deficiência mental. Os viciados em bebida ou drogas podem ser tanto plenamente capazes, quando o vício não lhes alcance o entendimento, como relativamente incapazes, quando ocorrer redução do discernimento, ou absolutamente incapazes, quando houver perda da aptidão mental para discernir, conjectura esta, que se caracteriza, quando o agente exceda os limites que o permitam compreender as consequências dos atos praticados. (AZEVEDO, 2012; FLORES, 2013)

Do mesmo modo, a incapacidade relativa pode ser atribuída quando houver redução do discernimento de um indivíduo por deficiência mental, hipótese em que, embora este tenha a compreensão de situações de menor enredamento, possuindo uma vida social e

economicamente ativa, pode apresentar dificuldades para o entendimento pleno das questões mais complexas, caso em que haverá a nomeação de um curador que o assista na prática dos atos jurídicos. De outro modo, se o deficiente mental for acometido por privação do discernimento, lhe será atribuído às consequências da incapacidade absoluta, com consequente imprescindibilidade de representação deste para os atos da vida civil. (FLORES, 2013)

Como desdobramento da hipótese anteriormente mencionada, se encontram os excepcionais, desprovidos de desenvolvimento mental completo, se enquadrando em referida circunstância, os fracos da mente e os portadores de distúrbios psíquicos, comprovados e declarados em sentença de interdição. Nesse sentido, apesar da integração social promovida pelo progresso das técnicas de educação especial e pela habilitação para o trabalho, os portadores de síndrome de Down, que são caracterizados como excepcionais, necessitam, visando à plena proteção jurídica de seus direitos, de um terceiro que lhes possibilitem exercer os atos da vida civil, de forma a preservar seus interesses. (AZEVEDO, 2012; FLORES, 2013).

Outra restrição relativa à capacidade civil ocorre em relação ao pródigo, que é entendido no ordenamento jurídico brasileiro, como quem dilapida seu patrimônio, fazendo gastos desmedidos que podem ensejar na extinção deste e na condução de seu titular à miséria. Uma vez interditado, o pródigo será privado da prática dos atos da vida civil que importem em disposição ou comprometimento patrimonial, sendo-lhe vedado praticar atos que não sejam de mera administração. (FLORES, 2013; DINIZ, 2014)

O critério para que possa ser reconhecida a intervenção na autonomia privada em razão da prodigalidade, se encontra no desvio de conduta do pródigo que impossibilita o seu discernimento, bem como no fato de que o patrimônio em questão é destinado ao sustento de seu titular e das pessoas a que ele é obrigado a prover, visando, portanto proteger sua dignidade. Entretanto segundo entendimento de Diniz (2014) a prodigalidade pode ser vista como causa que justifique a incapacidade absoluta, quando retira do pródigo o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, em razão de enfermidade mental que possa vir lhe arrematar. (FLORES, 2013; DINIZ, 2014)

2.5.2 Cessação da incapacidade

A incapacidade não possui caráter perpétuo, pois apenas subsiste enquanto não forem extintas as causas que a ensejaram, se justificando até o momento em que for necessária a intervenção de representante ou assistente legalmente constituído, visando proteger o incapaz da prática de atos contrários aos seus próprios interesses. A menoridade se constitui como uma ressalva prevista em lei, uma vez que apesar de ainda perdurar a incapacidade pelo critério etário, o menor, através do instituto jurídico da emancipação, pode ascender à capacidade plena antes de cessar a causa que originou tal incapacidade. (AMARAL, 2003; FLORES, 2013)

A emancipação, que se caracteriza como o alcance da capacidade plena em relação menores de idade, é ato irrevogável, não cabendo retratação, salvo se o ato ou as circunstâncias que o ensejaram forem nulos. A primeira hipótese de emancipação ocorre por ato voluntário ou judicial, circunstância na qual o menor pode ser emancipado por ato dos pais, através de escritura publica, independentemente de homologação judicial, ou por sentença a ser proferida pelo juiz, sendo irrelevante em ambos os casos, a anuência do menor, que poderá ser emancipado, ainda que haja recusa por sua parte. (FLORES, 2013)

No caso de emancipação pelos pais, ambos deverão promovê-la, e neste se caso, se houver divergência entre ambos, será necessário o suprimento judicial, mas de outro modo, se algum deles faltar, seja por morte, impedimento ou perda do poder familiar, a incumbência restará a apenas um deles. Caso o menor seja submetido à tutela por morte dos pais ou por perda do poder familiar, a emancipação poderá ser concedida pelo magistrado, por intermédio de procedimento judicial, tendo em vista que não cabe ao tutor referido encargo, restando-lhe, neste caso, apenas o dever de auxiliar o magistrado na formação de seu convencimento quanto à concessão ou não da referida medida. (FLORES, 2013)

O casamento é outra causa em que se admite a emancipação, devendo os nubentes ter alcançado a idade núbil, isto é, devem ter dezesseis anos completos na data da celebração do mesmo, pois de forma contrária, o casamento será inválido e não produzirá efeitos hábeis a emancipar o menor e permitir que adquira a plena capacidade civil. O exercício de emprego público efetivo e a colação de grau em curso superior são circunstâncias previstas pela lei civil que justificam a admissão da emancipação, contudo, referidos dispositivos perderam sua aplicabilidade na contemporaneidade, uma vez que em ambos os casos exige-se que o individuo tenha superado a menoridade. (FLORES, 2013)

Desta forma, o ingresso no funcionalismo público, através de concurso público somente ocorre quando atingida a maioria pelo indivíduo aos dezoito anos, assim como, considerando as durações mínimas para os cursos de nível superior, não há possibilidade da conclusão do mesmo enquanto não atingida à maioria. Em circunstância diversa, o menor com dezesseis anos, que tenha economia própria, seja em razão de estabelecimento civil ou comercial ou pela existência de relação de emprego, pode ser emancipado, possuindo aptidão para a prática dos atos da vida civil, tendo em vista o fato que já consegue reger a sua vida por si mesmo, seja pela atividade autônoma exercida ou pelo vínculo empregatício existente. (FLORES, 2013)

2.5.3 O instituto da curatela antes do Estatuto da Pessoa com Deficiência

A curatela, aqui considerada como a decorrente da decretação de interdição, é uma função de interesse público, de caráter temporário e assistencial, exercida por pessoa que goze de capacidade legal e idoneidade, denominada curador, que tem o encargo de reger a vida, administrar os bens e zelar pelo bem-estar daqueles que, não tendo condições de fazer por si mesmo, necessitam de proteção pessoal e patrimonial, para que seus interesses possam ser resguardados, destinando-se à aludida medida não apenas aos maiores de dezoito anos, mas também ao nascituro e aos menores púberes, ou seja, aqueles que embora não atingiram a maioria, são incapazes apenas para a prática de certos atos da vida civil, sendo compreendidos juridicamente, entre os dezesseis a dezoito anos, devendo neste último caso apresentarem debilidade mental que os impossibilite de autodeterminar-se para que o instituto em questão lhes seja aplicado. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

Estão sujeitos à curatela, as pessoas privadas do necessário discernimento para os atos da vida civil por enfermidade ou deficiência mental, os impedidos por outra causa duradoura de exprimir a sua vontade, os deficientes mentais, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os excepcionais sem o desenvolvimento mental completo, os pródigos, o nascituro, o enfermo e o portador de deficiência física. De outro modo, não existe previsão no ordenamento jurídico brasileiro, quanto à aplicabilidade de aludida medida em relação às pessoas inexperientes, que por não terem recebido conhecimento básico, apresentam alto grau de vulnerabilidade, sobretudo, para a celebração de negócios jurídicos, assim como, em relação às pessoas idosas e analfabetas, tendo em vista que essas causas por si só não são motivos hábeis para a decretação de interdição, a qual só se justifica quando comprovada a

afetação do estado mental do indivíduo, com a consequente privação de seu discernimento para gerir seus negócios e cuidar de si mesmo. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

As pessoas desprovidas de discernimento para os atos da vida civil por enfermidade ou deficiência mental, envolve todo indivíduo que apresenta irregularidade psíquica que provoca transtornos à mente e falta de compreensão de si mesmo e da realidade que o envolve, impossibilitando que possa reger sua própria vida e gerenciar seu patrimônio, em razão da ausência de harmonização de seus pensamentos, decisões e vontades, sendo sempre nulos quaisquer atos por ele praticados sem assistência ou representação de um terceiro, ainda que no momento de sua realização, se manifeste algum grau de lucidez do agente. De outro modo, ainda que o indivíduo apresente sanidade psíquica e mental e tenha completo discernimento para os atos da vida civil, se lhe faltar de modo duradouro a capacidade de comunicação, expressando a sua vontade ou assimilando a das demais pessoas, através de sinais que o corpo humano dispõe como a escrita, a audição ou a fala, este será igualmente submetido à curatela para que seus interesses sejam resguardados. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

Os ébrios habituais e os viciados em tóxicos são entendidos como todas as pessoas que tem dependência física e psíquica, no primeiro caso, de substâncias alcoólicas, e no segundo caso, de entorpecentes, e por não terem o controle do ímpeto que as levam a ingeri-las, se encontram a maior parte do tempo sob os efeitos negativos dessas substâncias, as quais afetam a capacidade do indivíduo em se autodeterminar, tornando-o alheio à realidade social e indiferente aos acontecimentos ao seu redor, sendo imprescindível a decretação de interdição do indivíduo quando restar caracterizada semelhante situação, podendo ser relativa, quando o agente apesar de dependente, apresentar condições de manifestar a sua vontade, ou absoluta, quando por influência do uso constante dessas substâncias, não restar ao indivíduo o necessário discernimento para os atos da vida civil. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

É válido denotar que a curatela com a consequente decretação de interdição do indivíduo, não se justifica por mera causa transitória, e por esse motivo, os usuários eventuais de substâncias alcoólicas e entorpecentes, que temporariamente não tiverem condições de manifestar plenamente sua vontade, serão considerados como absolutamente incapazes, nos termos do artigo 3º, III, do Código Civil, e não se sujeitarão, portanto, ao aludido instituto, que se aplica tão somente aos impossibilitados de exprimir sua vontade por causa duradora. Os deficientes mentais e as pessoas caracterizadas como excepcionais sem desenvolvimento

mental completo, são igualmente sujeitos à curatela. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

O pródigo se caracteriza por dissipar de maneira imoderada o seu patrimônio, contraindo mais dívidas do que sua renda suporta e comprometendo sua subsistência e a de sua família, e por essa razão, com o intuito de obstar os efeitos negativos de uma gestão impensada, evitando a redução à miséria de quem se encontre em semelhante situação e uma possível responsabilidade estatal em prestar-lhe assistência, imprescindível sua sujeição à curatela, com a decretação de interdição e nomeação de um curador. Nesse sentido, é válido denotar que o pródigo poderá, ainda que interditado, praticar atos relativos à sua própria pessoa e à administração de seu patrimônio, sem a presença de um curador, mas de outro modo, para todos os atos que envolvam a disposição e oneração de seus bens, como o empréstimo, a quitação, a alienação, a hipoteca, será indispensável à assistência do curador, para que estes, uma vez praticados, possam ter validade jurídica. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

Em que pese à personalidade jurídica apenas se iniciar com o nascimento com vida, o ordenamento jurídico protege os interesses daquele que, embora tenha sido concebido, ainda se encontre no ventre materno, através da instituição de medidas protetivas que visem resguardar os seus direitos. Nesse sentido, a lei civilista prevê a possibilidade de instituição da curatela ao nascituro, desde que subsistam duas circunstâncias interdependentes que justifiquem a aplicabilidade do instituto, quais sejam o falecimento do pai do nascituro ou a perda por ele do poder familiar, quando a mulher esteja grávida, e que esta tenha sido destituída do poder familiar relativamente aos filhos já nascidos, tendo em vista que, a perda de referido encargo em relação a um filho se estende aos demais, inclusive ao que ainda está por nascer. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

Distinta hipótese prevista na lei civilista em que a curatela poderá ser conferida ao nascituro, ocorre quando a mãe estiver interditada para os atos da vida civil, e o pai for desconhecido, se encontrar interditado ou destituído do poder familiar, circunstância esta que uma vez corporizada, acarretará na nomeação do curador da mãe ao nascituro, o qual terá a incumbência de evitar que haja a interrupção da gravidez pela genitora, tendo em vista que em razão do ordenamento jurídico proteger a vida desde a concepção, ao nascituro é conferido igualmente o direito à vida, assim como de zelar pelos bens e interesses deste ante a impossibilidade de qualquer dos pais em assim proceder, até o nascimento da criança, momento no qual a curatela será extinta, e um tutor será designado para resguardar os direitos

do menor, caso ainda subsista o motivo que justificou a atribuição da medida protetiva em questão. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

A atribuição da curatela se estende a pessoa com deficiência física ou enferma, a qual mesmo apresentando discernimento necessário para os atos da vida civil pode vir a ser interditada em razão da limitação que a deficiência ou enfermidade possa suscitar, dificultando o desempenho das atividades do cotidiano e a livre administração de seu patrimônio, devendo neste caso haver a nomeação de um curador, que terá essencialmente a atribuição de cuidar de maneira total ou parcial dos bens e negócios do curatelado, contudo, persiste na doutrina uma crítica quanto à aplicabilidade de referida medida protetiva para semelhante situação, tendo em vista que a constituição de um procurador alcançaria a mesma finalidade de proteção patrimonial da pessoa com deficiência física ou enferma. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

A curatela é constituída através do procedimento de interdição, que se caracteriza por ser um ato judicial por meio do qual o magistrado declara a incapacidade da pessoa para a prática de determinados atos da vida civil e para a administração de si mesma e de seus bens, e nomeia curador, o qual pautando sua atuação na busca pelos melhores interesses do curatelado, através de sua promoção pessoal e da administração de seu patrimônio, deve representá-lo ou assisti-lo, enquanto perdurar as causas que motivaram a sua interdição, e uma vez que o curatelado retome a capacidade e apresente condições de se autodeterminar, não subsiste motivos para a continuidade da medida. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

2.5.4 O procedimento de interdição antes do Estatuto da Pessoa Com Deficiência

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.768, estabelece rol taxativo e não preferencial de legitimados a promover a interdição das pessoas que se enquadrem em alguma das causas que justifiquem a atribuição da curatela, podendo pleitear referida medida em juízo, os pais, em conjunto ou individualmente, no exercício do poder familiar ou mesmo quando os filhos tenham atingido a maioridade, sendo válido denotar que se houver divergência entre ambos, incumbe ao magistrado deliberar acerca do cabimento da medida. Do mesmo modo, os tutores são partes legítimas a requerer a interdição em relação ao tutelado que tenha completado dezesseis anos, na impossibilidade de seus pais assim procederem, seja por terem sido declarados ausentes, destituídos do poder familiar ou falecidos. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

O cônjuge ou companheiro do interditando ou o que dele se encontre separado judicialmente, desde que neste ultimo caso, demonstre ter interesse jurídico, assim como todos os que com ele guardem relações de parentesco, seja consanguínea ou por afinidade, próxima ou distante, podem promover o processo de interdição a fim de protegê-lo a si mesmo e a seu patrimônio, quando não tenha condições de fazer por si só. O Ministério Público é igualmente previsto como parte legítima para a propositura do procedimento de interdição, na hipótese do interditando apresentar doença mental grave ou quando seus parentes, cônjuge ou companheiro não existirem, não promoverem o procedimento de interdição ou forem incapazes para os atos da vida civil, e neste caso, quando a interdição for promovida pelo referido órgão essencial à justiça e responsável pela defesa dos direitos dos cidadãos e dos interesses da sociedade, o magistrado nomeará defensor ao interditando, e nos demais casos o Ministério Público será o próprio defensor. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

Uma vez determinada à interdição do indivíduo, o magistrado nomeará curador ao interdito para representa-lo ou assisti-lo nos atos da vida civil, e nesse sentido, o Código Civil de 2002, estabelece uma ordem preferencial das pessoas habilitadas a exercerem a curatela, contudo essa preferência não se caracteriza como absoluta, tendo em vista que excepcionalmente, pode ser alterada em benefício do interdito e conferida a quem tenha melhores condições de desempenhar a função de curador. Em primeiro lugar, a nomeação de um curador para o interdito, recairá, preferencialmente, sobre o seu cônjuge ou companheiro, em razão do maior grau de proximidade que em regra deve prevalecer entre ambos, contudo a atribuição de referido encargo pressupõe neste caso, a manutenção de uma convivência recíproca, não podendo ser separados de fato ou judicialmente. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

Na ausência do cônjuge ou companheiro do interdito ou se apresentando inadequada sua designação para o exercício da função de curador, seja por se encontrar separado daquele ou por existir desinteresse quanto à correta administração de seu patrimônio e a defesa de seus interesses, o pai ou a mãe poderão exercer referido encargo, não persistindo qualquer preferência entre ambos. Do mesmo modo, os descendentes do interdito, independentemente do sexo ou da idade que apresentem, estarão hábeis a exercer a função de curador, se os pais deste não mais existirem ou não mais apresentarem condições para o desempenho de imprescindível múnus, prevalecendo, neste caso, os descendentes de grau mais próximo em detrimento dos mais distantes. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

O Código Civil de 2002 prevê ainda a possibilidade de se estabelecer a curatela dativa quando as pessoas anteriormente citadas não existirem ou não tiverem condições de exercer a função de curador, circunstância na qual o magistrado elegerá para aludido encargo, pessoa idônea e capaz que satisfaça as condições necessárias para o seu desempenho, e uma vez nomeado, o curador terá o dever de administrar o patrimônio do interdito e defender os seus interesses, buscando todos os meios necessários para que este se recupere e possa praticar de forma autônoma os atos da vida civil. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

Em razão da imprescindibilidade da manutenção da relação pessoal entre o interdito e a família, o curador deverá ao máximo preservar o direito daquele à convivência familiar, podendo referido direito excepcionalmente ser afastado, caso a pessoa submetida à curatela não se adapte a este convívio durante o período que estiver interditada, devendo neste caso, ser recolhida em estabelecimento adequado ao atendimento de suas necessidades para que ocorra melhora do estado que se encontre. Em que pese todos os encargos atinentes ao curador quando nomeado ao exercício da curatela, a norma civilista estende a sua responsabilidade pessoal e patrimonial, aos filhos menores e não emancipados do interdito, objetivando garantir que a proteção legal conferida a ambos seja única e indivisível. (RIZZARDO, 2011; GONÇALVES, 2014)

3 PROTEÇÃO JURÍDICA DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A conquista de direitos pelas pessoas com deficiência ao longo da história da humanidade foi árdua e gradativa, sendo destinatárias dos mais diversos tipos de tratamento pela sociedade, como a extinção, o abandono e a exploração, restando-lhes recorrer à esmola para sobreviverem. Nesse sentido, tanto a doutrina do cristianismo, com as premissas de caridade e amor ao próximo, como o período do Renascimento, com o consecutivo reconhecimento do valor do homem, trouxeram significativos avanços em relação à conquista de direitos por essa parcela da população historicamente estigmatizada. (SILVA, 1987; GUGEL, 2007)

Na modernidade, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, instituído no ordenamento jurídico pela Lei 13.146, de 06 de julho de 2015, e tendo como base a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, se constitui em uma significativa inovação, uma vez que mudou a percepção da sociedade em relação a seus titulares, rompendo com qualquer vinculação da deficiência à incapacidade, e conferindo, uma sucessão de direitos especificamente pensados para viabilizar o exercício autônomo e equitativo dos direitos fundamentais das pessoas com deficiência. (NISHIYAMA, TOLEDO, 2016)

Ocorre que, por considerar a teoria da incapacidade que persistia no Código Civil de 2002 uma violação aos direitos fundamentais de quem a ela era submetido, e no intuito de conferir maior autonomia a seus destinatários, reconhecendo sua capacidade civil plena, o Estatuto, acabou por desproteger todas as pessoas com deficiência que não tem discernimento necessário para exercer os atos da vida civil, ou que não podem manifestar a sua vontade, tendo em vista que estas recebiam uma maior proteção jurídica uma vez consideradas incapazes. (OLIVEIRA, 2016; DONIZETTI, 2017)

O Estatuto instituiu o instituto da tomada de decisão apoiada, e alterou o instituto da curatela, que adquiriu novos delineamentos com o advento da supracitada norma, visto que passa a ter caráter extraordinário e restrito as relações de natureza patrimonial e negocial, se aplicando tão somente às pessoas consideradas relativamente incapazes para os atos da vida civil, as quais uma vez sujeitas a aludido instituto serão assistidas nos atos da vida civil, e não mais representadas como o eram. (OLIVEIRA, 2017)

A nova legislação em questão revogou a interdição do ordenamento jurídico, entendendo que a curatela deva se constituir apenas mediante o ajuizamento de uma ação, em

que haverá a nomeação de um curador, acarretando em um sério debate entre os doutrinadores que se dividiram quanto à persistência ou extinção do procedimento. (SOUZA, SILVA, 2017)

È imprescindível o estudo do Estatuto da Pessoa com Deficiência de forma pormenorizada, para que, uma vez compreendido em sua integralidade, desde os seus fundamentos e objetivos, até as consequências práticas que as alterações por ele promovidas ensejaram na realidade de cada destinatário, seja possível perceber se este se constitui em sistema normativo protetivo, ou de outro modo, se conduz ao desamparo jurídico das pessoas com deficiência. (DONIZETTI, 2017)

3.1 Perspectiva história

A trajetória histórica percorrida pelas pessoas com deficiência ao longo do tempo evidencia a gradativa conquista de direitos por parte destas pessoas, que se defrontaram com diversas formas de tratamento pela sociedade, desde a eliminação e o abandono, até o acolhimento, a aceitação e a tolerância, a depender do contexto histórico e das necessidades do grupo no qual se encontravam inseridas, e nesse sentido, ao serem progressivamente reconhecidas como sujeito de direitos, houve a necessidade de incluí-las no seio social, viabilizando a sua participação nos atos da vida civil. (SILVA, 1987)

Apesar de existirem doenças físicas desde os primórdios da vida humana, não há nenhum fato concreto que evidencie o tratamento destinado às pessoas com deficiência nos primeiros milênios da vida do homem sobre a Terra, contudo depreende-se que era árdua a sobrevivência dessas pessoas, tendo em vista que a atividade comum na época era a caça de animais não domesticados, e para tanto, se utilizava apenas armas de curto alcance, o que dificultava a alimentação e o aquecimento do grupo, que tinha a necessidade de estar em constante movimento para subsistirem, sendo as pessoas com deficiência vislumbradas como um fardo para o grupo. (SILVA, 1987; GUGEL, 2007)

Nesse sentido, na era primitiva, o tratamento comum destinado a crianças que nasciam com algum tipo de deficiência, era o de eliminação em razão da dificuldade de sobrevivência dessas pessoas, numa sociedade que vivia predominantemente da caça, e da crença existente à época, de que seria um castigo advindo de deuses o acometimento de pessoas a essa situação. A progressiva mudança de temperatura, ainda na era primitiva, viabilizou melhores condições para que o homem primitivo pudesse explorar territórios em busca de alimentos e vestimentas, aprimorando a caça, através da domesticação de animais,

do implemento de armadilhas, e da elaboração de armas de maior alcance, as quais apesar de facilitarem a sobrevivência das pessoas ali existentes, ocasionaram maior número de acidentes em razão da disputa travada entre grupos rivais, que desenvolviam armas cada vez mais pungentes. (SILVA, 1987)

O homem primitivo, visando aliviar as dores ocasionadas pelos acidentes que ocorriam regularmente, utilizava métodos que iam além de medicamentos provenientes de plantas ou frutos, passando a valer-se de instrumentos empregados para a obtenção de alimento e vestimenta, tais como facas e serras, para a realização de intervenções cirúrgicas, as quais comumente ocasionavam fraturas e amputação de membros dos que a ela eram submetidos, o que impossibilitava a participação do homem primitivo nas atividades de caça ou guerra, ensejando a dependência deste em relação aos demais membros que com ele coabitavam, e consequente tratamento, ainda que de forma transitória, como pessoa deficiente. (SILVA, 1987)

No mundo antigo não havia um tratamento uniforme em relação às pessoas com deficiência, as quais eram merecedoras por vezes de um comportamento de aceitação por parte da comunidade de algumas culturas, e em razão da necessidade constante de locomoção, se caracterizava como prática costumeira de algumas tribos antigas, a extinção e o abandono, sendo neste caso, vislumbradas como um fardo e um perigo a vida da comunidade. Nesse sentido, no Egito Antigo, a pessoa com deficiência integrava as diferentes classes da sociedade, uma vez que nesta cultura, a deficiência não era vislumbrada como um impedimento, sendo um dever moral entre os egípcios, o respeito a essa camada da sociedade, que era destinatária de um tratamento singularizado em relação às demais pessoas, e prova disto, se encontra no fato de que pessoas que apresentavam nanismo podiam aspirar qualquer cargo existente na sociedade, não sendo discriminados pelo impedimento físico manifestado. (SILVA, 1987)

Apesar da cultura egípcia ter como compromisso moral o respeito às pessoas com deficiência, persistia em sua medicina ensinamentos místicos para além do prático, conforme leciona Otto Marques da Silva:

[...] segundo os médicos do Antigo Egito as doenças graves e as deficiências físicas ou os problemas mentais graves eram provocados por maus espíritos, por demônios ou por pecados de vidas anteriores que deviam ser pagos. Dessa maneira não podiam ser debelados a não ser pela intervenção dos deuses, ou pelo poder divino que era passado aos médicos-sacerdotes que às vezes tinham meios para se chegar a esse desiderato. Em sua terapêutica usavam as preces, os exorcismos, os encantamentos, somados a poções, pomadas, elementos ou também a eventuais cirurgias. (SILVA, 1987, p.38)

Em contraposto a cultura egípcia, na cultura grega, apesar de serem representadas divindades com alguma espécie de deficiência, os gregos em sua grande maioria destinavam a as pessoas com deficiência o abandono ou o sacrifício, e caso sobrevivessem, poderiam ocupar lugar na sociedade produtiva grega, contanto que exercessem funções a sua altura. Dessa forma, era comum, especialmente em Esparta, a prática de extermínio de crianças com deficiência, que eram lançadas ao precipício ou abandonadas a própria sorte, não tendo os pais o direito de cuidar de seus filhos quando estes se encontrassem em semelhante condição (SILVA, 1987).

É imprescindível denotar que, embora entre os gregos a prática de discriminação em relação às pessoas com deficiência fosse comum, cada cidade-estado da Grécia tinha seu próprio sistema de leis e de governo, e seus próprios usos e costumes e dessa forma, Atenas tendo costume diverso do que prevalecia em Esparta, tinha como prática comum à proteção dos cidadãos atenienses, ainda que estes fossem pessoas com deficiência, sendo reservado-lhes o direito de processar qualquer pessoa que contra eles tenham procedido algum tipo de ofensa. (SILVA, 1987; GUGEL, 2007)

Na cultura hebraica, a discriminação contra as pessoas com deficiência era manifesta nas próprias leis, sendo a deficiência vislumbrada como uma impureza, um castigo que se destinava ao pagamento de pecados, e quando constatada, era objeto de preconceito pela sociedade hebraica, que a entendia como um óbice ao exercício sacerdotal, e pressuposto para a invalidação do casamento. Nesse sentido, a despeito de existir certas normas de conduta para o povo hebreu advertindo-os sobre o respeito e proteção as pessoas cegas, estas sofriam discriminação social, havendo limitação em relação a sua atuação na sociedade. (SILVA, 1987)

Em relação ao tratamento que os evangelistas destinavam às pessoas com deficiência, Otto Marques da Silva esclarece que:

[...] a medicina contida nos Evangelhos e mesmo nos Atos dos Apóstolos aceitava basicamente três tipos de causas para as doenças e para as muitas limitações e deficiências que afligiam os homens: o castigo pelos pecados, a interferência dos maus espíritos e finalmente as forças más da natureza, contra os quais o poder divino era o único remédio – ou pelo menos era assim considerado [...] (SILVA, 1987, p.60)

Nesse sentido, o destino reservado às pessoas com deficiência, em consonância ao prenunciado na Bíblia, era viver à margem da sociedade, sendo a esmola o principal meio de sobrevivência dessas pessoas, que ficavam expostas nos caminhos, nas ruas e nas praças, e a sociedade, tendo apenas o dever de mera tolerância em relação a esta parcela da sociedade

amplamente discriminada ao longo da história, não assumia qualquer responsabilidade em relação à sua promoção e proteção. (SILVA, 1987)

Em Roma, apesar da evolução da medicina, que prometia atuar de modo a reduzir os males que ocasionavam a incapacidade da pessoa humana, existiam leis que impediam o reconhecimento de direitos fundamentais, aos recém-nascidos que fossem cometidos por mutilações ou ausência de membros, hipótese em que não lhes eram conferidos o próprio direito a vida, incumbindo aos pais o extermínio de seus próprios filhos, o que se sucedia comumente através da prática do afogamento. Mesmo com a aquiescência em relação ao extermínio de crianças que apresentassem algum tipo de deficiência, os romanos, em sua maioria, optavam pelo abandono destas, e se ocasionalmente viessem a sobreviver, uma vez vistas pela sociedade romana como objeto de compra e venda, eram utilizadas como meio de exploração pelas pessoas que delas se apossavam, lhes restando pedir esmolas para garantir o seu próprio sustento, ou de outro modo, deveriam se submeter a trabalhos humilhantes como a prostituição. (SILVA, 1987; GUGEL, 2007)

A mudança de paradigma quanto ao tratamento conferido às pessoas com deficiência, adveio com o cristianismo, doutrina que surgiu ainda no Império Romano, em um momento em que, Roma, indiferente aos clamores de certas camadas menos favorecidas da população, se apresentava a todas as nações, firmada em sólidas raízes e em um regime autoritário. Esta nova doutrina trouxe como premissas a caridade e o amor ao próximo, acentuando a importância de cada pessoa considerada em sua individualidade, e a partir dessa concepção, se opôs diretamente a prática romana de eliminação pelos pais das crianças que apresentassem algum tipo de deficiência, tendo em vista que o respeito à vida se constituía no âmago do cristianismo. (SILVA, 1987; GUGEL, 2007)

A Igreja cristã, sob a influência da doutrina do cristianismo, embora prezasse por atividades que viabilizassem a assistência de pessoas discriminadas na sociedade, restando predominantemente aos bispos esta incumbência, estabelecia limitações ao sacerdócio em relação às pessoas com deficiência, uma vez que, se manifestassem a deficiência antes da ordenação sacerdotal, ficavam impossibilitadas de ingressar em semelhante cargo, mas de outro modo, se a deficiência se manifestasse posteriormente a ordenação, teria seu direito ao sacerdócio concretizado. (SILVA, 1987)

Em decorrência da premissa da caridade difundida pelo cristianismo no Império Bizantino, sobretudo no que diz respeito a sua capital Constantinopla, foram desenvolvidas diversas entidades que prestavam assistência às pessoas marginalizadas, desempenhando o

Estado e a Igreja, conjuntamente, atividades que visavam à promoção dessas pessoas em sociedade, através do fornecimento de abrigos, alimentação, educação e tratamentos, as pessoas que sofriam limitações físicas e crônicas, havendo cuidado em relação aos pobres e as pessoas com deficiência. (SILVA, 1987)

A doutrina do cristianismo, embora tenha influenciado na criação de entidades assistenciais as pessoas excluídas do seio social, provocou a estagnação da medicina, tendo em vista que, ao vincular a existência da deficiência ao pagamento de pecados e a purificação da alma, difundiu a ideia de que a oração era a melhor forma para se desvencilhar dessa condição, restringindo a atuação médica a um papel secundário. Distinta influência da doutrina cristã operou-se no sistema penal bizantino, visto que, se por um lado, restringiu as hipóteses de cabimento da pena de morte, que era amplamente utilizada como instrumento de sanção por transgressão as normas impostas, por outro, ampliou o percentual de mutilações quando do descumprimento de algum dever imposto pelo Estado, ensejando um maior número de deficiências na população (SILVA, 1987)

Com o fim do Império Romano, inicia-se o período denominado de Idade Média, o qual, apesar de ser marcado por condições de vida e de saúde precárias, os casos de deficiência, receberam maior atenção, sobretudo na Europa e no Oriente Médio, através da criação de hospitais, com o intuito de promover a assistência em relação às pessoas com deficiência, desempenhando a Igreja a função essencial de desenvolver políticas voltadas ao acolhimento destas. Apesar da perspectiva assistencialista existente nesse dado momento, assim como no Império Bizantino, era comum à aplicação de penas que mutilatórias, visando coibir a prática de novos crimes, ocasionando a impossibilidade ou limitação dos mutilados para o trabalho, restando-lhes a esmola como garantia de sobrevivência. (SILVA, 1987; GUGEL, 2007)

Na Idade Média, a deficiência era vislumbrada como um castigo de Deus, sendo um presságio da ira divina, e por essa razão, as pessoas com algum tipo de deficiência eram desprezadas e ridicularizadas pela sociedade medieval, a qual sendo marcada pela ignorância e superstição, as tornava motivo de chacota, e lhes conferia o tratamento de incapazes, vinculando-as a feiticeiros e bruxos, restando-lhes a esmola como a principal fonte de subsistência. Em contrapartida, é imprescindível denotar que o tratamento destinado aos cegos nesse dado período, era distinto em relação às demais pessoas com deficiência, tendo em vista haver maior abertura para que estes se inserissem na sociedade, distanciando-os da exclusão social, e propiciando uma melhor qualidade de vida, através da concessão de moradia e

alimentação a esse grupo de pessoas que anos mais tarde, tiveram a possibilidade de emancipação, com a consequente acumulação de riquezas. (SILVA, 1987; GUGEL, 2007)

Desenvolveu-se no final da Idade Média, sobretudo na Europa, uma maior conscientização da sociedade quanto a sua responsabilidade em relação aos pobres em geral, incluindo-se nesse segmento social as pessoas com deficiência, havendo uma mudança de paradigma que se consolidou efetivamente no Renascimento, momento no qual passou a existir uma preocupação científica com o ser humano, com o consecutivo reconhecimento do valor do homem. Neste período em que preponderou a doutrina do humanismo, as pessoas com deficiência passaram, paulatinamente, a serem destinatárias de um cuidado especial e humanizado, e neste sentido, os deficientes auditivos que sempre foram marginalizados, começaram a ser incluídos no seio social, por meio do reconhecimento de suas habilidades e da educação destinada a viabilizar a sua comunicação. (SILVA, 1987)

Amplio progresso no período renascentista relaciona-se com a grande arrecadação de contribuições por parte do Estado, e com a efetiva participação da sociedade, no intuito de proteger as pessoas que eram acometidas por doenças ou que apresentassem algum tipo de deficiência, através da criação de organizações destinadas ao amparo destas pessoas, assim como de hospitais que possibilitavam que pessoas com deficiência fossem destinatárias não apenas de abrigo e alimentação, mas de assistência médica, com o consequente desenvolvimento de técnicas, como a fabricação de próteses, e o surgimento da cirurgia ortopédica, as quais permitiam que pessoas que sofriam com alguma limitação que lhes dificultasse o exercício de sua autonomia, pudessem ultrapassar as barreiras existentes e se inserir no meio social. (SILVA, 1987)

Nesta perspectiva, outros avanços se sucederam no Renascimento com previsão, ainda que apenas na teoria, de obtenção de trabalho por crianças com deficiência, quando estas atingissem idade apta para exercer semelhante atividade, assim como a extensão de proteção em relação a essas pessoas para além dos abrigos e orfanatos, tendo a possibilidade de serem cuidadas por famílias que se dispusessem para este fim. Ademais, neste período que se constituiu em um marco em relação à mudança de paradigma iniciada na Idade Média, foram criadas escolas voltadas para a educação de pessoas cegas, as quais tinham como principal objetivo, propiciar o acesso à leitura, sendo desenvolvidas para esse fim, máquinas que permitiam a impressão de letras que podiam ser sentidas através do tato por seus destinatários. (SILVA, 1987)

No Renascimento, embora tenha se buscado compreender os problemas enfrentados pelas pessoas excluídas da sociedade, através de uma perspectiva mais humana e científica, empenhando-se para sua integração em meio à sociedade, a realidade social em muitos países neste período, se assemelhava a que predominava na Idade Média, no que tange a insatisfatória realidade existente, em que as pessoas com deficiência tinham a necessidade de esmolar para garantir a própria subsistência. Outro retrocesso existente no período renascentista se encontra no tratamento conferido, em certas localidades, mesmo pelos grandes intelectuais da época, aos deficientes mentais, os quais não eram vistos como seres humanos, acreditando-se que haveria ingerência de maus espíritos que contribuíam para a existência de semelhante limitação, tendo em vista que, até o fortalecimento da Renascença, as questões sociais eram vistas com fundamentos em superstições, sob um aspecto sobrenatural, perdurando pensamentos difundidos na própria Idade Média. (SILVA, 1987)

No século XIX, ainda sob a perspectiva do humanismo, a Revolução Intelectual trouxe significativos avanços em relação às pessoas com deficiência, pois além de criar uma cultura na qual se reclamava da sociedade um dever de cuidado e promoção em relação a essas pessoas, ultrapassando o mero caráter voluntário, criou-se a necessidade de se instituir organizações especializadas, voltadas não mais apenas para a sua assistência e proteção, mas tendo um alcance ainda maior, destinando-se ao estudo dos problemas e dificuldades que este segmento social historicamente marginalizado experimentava, a fim de encontrar respostas para as situações concretas vivenciadas, sendo-lhes reconhecido neste dado período, a natureza de ser humano, ainda que não se permitisse a sua efetiva integração na sociedade. (SILVA, 1987; GUGEL, 2007)

A necessidade da criação de serviços especiais, visando promover a dignidade de pessoas com deficiência, surgiu no século XIX, devido à forte influência da filosofia humanista e ao aperfeiçoamento da ciência médica, que viabilizaram o surgimento de escolas e atendimento específicos para pessoas com deficiência visual e auditiva, o desenvolvimento da ortopedia, a qual teve função fundamental na prevenção, redução e eliminação de deficiências, a criação de procedimentos de reabilitação para pessoas que apresentassem algum tipo de limitação física, permitindo que estas tivessem a possibilidade de viver uma vida consoante com seus anseios pessoais, havendo gradativamente o reconhecimento, nessa perspectiva promocional, da aptidão para o trabalho e aproveitamento da mão-de-obra por parte das pessoas com deficiência. (SILVA, 1987)

Em razão da influência da filosofia humanista, que tem como essência a valorização do homem, assim como pelo desenvolvimento da ciência e pela busca social pelo bem-estar comum, no século XX, apesar das duas grandes guerras mundiais que assolaram este dado período, houve notável progresso, já iniciado no século anterior, em relação à assistência as pessoas com deficiência, as quais passaram a ser beneficiadas, com o avanço da medicina, por técnicas modernas que permitiam um atendimento especializado para as diversas limitações existentes, sendo ainda assim, destinatárias de treinamento profissionalizante, visando sua inserção em atividades, cujo trabalho, ocorria de forma remunerada, viabilizando a busca pela própria sobrevivência, sem a necessidade de recorrer a esmola, prática esta amplamente difundida nos séculos anteriores. (SILVA, 1987; GUGEL, 2007)

No século XX, surgiram organizações internacionais de caráter não governamental e intergovernamental que atuaram na defesa de direitos atinentes ao grupo em estudo, e nesse sentido, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, explicitou a importância da reabilitação das pessoas com deficiência, que se por um lado, propicia o seu desenvolvimento como pessoa, por outro, contribui para que os países, sobretudo os subdesenvolvidos, possam obter recursos financeiros, através da contribuição ativa dessas pessoas para a economia nacional, havendo acolhida de referido apelo por grande parte dos países do mundo, que passaram a promover abrigo, tratamento e reabilitação para as pessoas com deficiência. (SILVA, 1987; GUGEL, 2007)

A reabilitação de pessoas com deficiência se constituiu em um método de especial importância no século XX, em razão das consequências negativas que sucederam aos conflitos armados, implicando na necessidade de haver ações conjuntas e organizadas entre as diversas entidades da sociedade, incluindo-se a atuação do próprio Estado, para atender, de modo qualificado, as pessoas que sofreram mutilações e limitações devido aos combates existentes. Nessa perspectiva de valorização do ser humano em sua individualidade, as crianças com deficiência, que em séculos anteriores eram eliminadas quando do nascimento com alguma limitação, no século XX, passaram a serem destinatárias de cuidados médicos e incluídas no sistema educacional, havendo sua gradativa inserção no seio social, através da participação ativa na vida familiar e comunitária (SILVA, 1987)

A despeito dos avanços voltados especificamente para as pessoas com deficiência no século XX, estas se viam impossibilitadas de ingressar em atividade sacerdotal, perdurando a premissa já defendida em séculos anteriores pela Igreja Católica, em relação à inaptidão e incapacidade dessas pessoas para semelhante cargo, tendo em vista que além da preocupação

pela aparência física, a Igreja considerava que estas pessoas poderiam conduzir as demais, quando no exercício do sacerdócio, à desvalorização seus ensinamentos. (SILVA, 1987)

O desafio contemporâneo, em que pese às conquistas que se operaram de modo gradual ao longo da história da humanidade em relação às pessoas com deficiência, se baseia, sobretudo, na necessidade de integração dessas pessoas, sendo imprescindível a atuação estatal, social, e individual da própria pessoa com deficiência, que deve se capacitar pessoal e profissionalmente, a fim de que, por meio desta ação conjunta entre todos os agentes da sociedade, possa haver a efetiva participação social deste grupo que fora amplamente excluído da sociedade, reconhecendo-se assim seu valor como ser humano. (SILVA, 1987)

A inserção no mercado de trabalho, é um desafio a ser viabilizado pela sociedade em conjunto, tendo em vista que as pessoas com deficiência podem contribuir ativamente para a economia e progresso de um país, e quando são excluídas do seio social ou submetidas a trabalhos mal remunerados, ficam impossibilitadas de colaborar de forma efetiva com sua mão-de-obra, tornando-se apenas dependentes dos recursos produzidos pela sociedade, e por essa razão, é imprescindível à promoção do potencial produtivo dessas pessoas, em igualdade de condições com as demais pessoas, viabilizando o exercício de todos os seus direitos enquanto ser humano, em conformidade com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. (SILVA, 1987)

3.2 Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência

A Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro no dia 09 de julho de 2008, através do Decreto Legislativo 186/08, e posteriormente promulgada pela Presidência da República em 25 de agosto de 2009, pelo Decreto de Promulgação 6.949/09, se constitui no primeiro documento internacional de direitos humanos que adquiriu status de norma constitucional no país, sendo equivalente a emenda constitucional em razão do estrito cumprimento do quórum qualificado exigido para tanto. O documento internacional em questão, sendo resultado da mobilização das organizações da sociedade civil, influenciou na elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, trazendo novos parâmetros de proteção aos seus titulares, que devem ter assegurado o exercício de seus direitos fundamentais em igualdade com as demais pessoas, as quais, uma vez vedadas de promover qualquer espécie de discriminação em relação às pessoas

com deficiência, devem respeitar a sua dignidade como pessoa humana e sujeito de direitos. (ANDRADE, BUBLITZ, 2016; NISHIYAMA, TOLEDO, 2016).

Através da mudança de paradigma instituída na Convenção sobre os direitos da Pessoa com Deficiência e refletida diretamente na elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a deficiência deixa de ser compreendida a partir de uma perspectiva médica ou assistencial, que a considerava como um problema de saúde, sem qualquer influência de fatores externos e ambientais, na qual a sociedade não tinha qualquer dever em relação às pessoas com deficiência, que nem mesmo eram reconhecidas como sujeito de direitos, para ser vislumbrada através de uma perspectiva social, baseada nos direitos humanos, e entendida como uma limitação que se agrava pela interação dos impedimentos naturais da própria pessoa, com o meio social onde esta se encontra inserida, o qual pode dificultar ou impossibilitar a sua efetiva participação na sociedade, que passa a ter uma função imprescindível de inclusão social das pessoas com deficiência, através do acolhimento, da integração da diversidade, e da remoção das barreiras que obstem o exercício pleno de seus direitos. (LEITE, 2016)

O respeito à dignidade das pessoas com deficiência e a sua autonomia da vontade, a vedação a discriminação baseada na deficiência, a igualdade de oportunidades, o reconhecimento da capacidade plena, a participação social irrestrita e efetiva e a inclusão social, são preceitos defendidos pela Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, e os quais o Estatuto da Pessoa com Deficiência se espelhou posteriormente. Esses preceitos são correlatos e se justificam, baseando-se na premissa que justificou a elaboração da norma objeto de estudo deste trabalho, pois a participação plena das pessoas com deficiência na sociedade só é possível, quando a ordem jurídica lhes confere a capacidade necessária para exercerem de forma independente os seus direitos e deveres, devendo a conduta estatal ser pautada pelo respeito, e pela não intervenção na liberdade de cada indivíduo em poder fazer suas próprias escolhas. (NISHIYAMA, TOLEDO, 2016)

3.3 Estatuto da Pessoa com Deficiência

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146, de 06 de julho de 2015), ou também denominada Estatuto da Pessoa com Deficiência, publicada em 07 de julho de 2015, e com entrada em vigor em 03 de janeiro de 2016, tendo como fundamento constitucional a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência, consagra os

princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, e a partir de suas regras, propõe a eliminação de qualquer discriminação em relação às pessoas com deficiência, visando à promoção inclusiva e a garantia da autonomia da vontade de seus titulares. Nesta perspectiva, o Estatuto impõe ao Poder Público o dever de garantir a inviolabilidade da dignidade da pessoa com deficiência, mediante a efetivação de medidas que viabilizem a proteção desse valor intrínseco ao ser humano. (NISHIYAMA, TOLEDO, 2016)

As pessoas com deficiência adquirem maior visibilidade com a instituição do Estatuto, em razão da sua gradativa inserção na pauta pública, e neste contexto, o Estado, com a participação efetiva da sociedade, desempenha função substancial para a concretização dos direitos dos destinatários da norma em questão, especialmente, mediante a elaboração de políticas públicas que assegurem a conscientização social que permita a transformação cultural e econômica para a inclusão destas pessoas, e a capacitação de todos os órgãos da sociedade civil, para que, em observância aos preceitos anunciados no Estatuto, possam enfrentar com eficiência a diversidade de situações existentes no caso concreto, visando garantir em todo caso, a proteção, a autonomia e a participação social plena das pessoas com deficiência, possibilitando o exercício de seus direitos em igualdade de condições com as demais pessoas. (LEITE, 2016)

Para o indivíduo ser caracterizado como pessoa com deficiência e, por conseguinte, ser beneficiário da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, é necessário à caracterização de impedimento de longo prazo, que pode se concretizar na esfera física, mental, intelectual ou sensorial do indivíduo, sendo prescindível a avaliação da deficiência, mas de outra forma, quando esta for cabível, será efetivada mediante equipe multiprofissional e interdisciplinar, que analisará o histórico clínico e social do indivíduo, sempre levando em consideração o meio social onde a pessoa se encontra inserida, a fim de averiguar se os fatores ambientais externos ao indivíduo, como obstáculos físicos, linguísticos, culturais ou econômicos, ensejam algum impedimento à sua participação na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas, uma vez que, a sociedade através de ações conjuntas entre o Poder Público e os cidadãos, tem o dever de viabilizar o exercício dos direitos atinentes às pessoas com deficiência. (LEITE, 2016; OLIVEIRA, 2017)

Visando a inclusão das pessoas com deficiência no âmbito social, o Estatuto excepciona algumas medidas a serem adotadas pelo Estado, pela sociedade e pela família, para atingir a finalidade que justifica a elaboração da lei em questão, qual seja, a inclusão das pessoas com deficiência, e dentre estas se encontram a defesa à vida, à saúde, à educação, ao

trabalho, à habilitação e reabilitação profissional, à assistência social, à previdência social, à cultura, ao esporte, ao turismo, ao lazer, ao transporte público, à mobilidade, o acesso à informação e a comunicação, a efetivação de tecnologia assistiva, a garantia de participação na vida pública e política, o fomento do desenvolvimento científico que tenha como objetivo a melhoria da qualidade de vida e trabalho das pessoas com deficiência, o acesso à justiça, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, o direito ao exercício da capacidade legal. (LEITE, 2016)

O Estatuto prevê dois preceitos de observância obrigatória por toda a sociedade, relativos respectivamente, à efetivação da discriminação positiva em relação às pessoas com deficiência, e a vedação contra qualquer tipo de discriminação negativa em razão da deficiência. O primeiro preceito consiste na adoção, tanto pelo poder público, como por particulares, de medidas que oportunizem que as pessoas com deficiência, através de uma proteção diferenciada que atenda critérios de razoabilidade, tenham as mesmas oportunidades que as demais pessoas, a fim de que uma vez inseridas no âmbito social e econômico, possam exercer plenamente sua cidadania, e o segundo preceito, é respaldado na oposição a qualquer tratamento diferenciado que resulte na diminuição ou extinção de direitos em relação às pessoas com deficiência, visto que a constatação da condição humana se constitui como a única exigência para a promoção de direitos fundamentais em relação à pessoa humana, sendo irrelevante qualquer particularidade apresentada pelo indivíduo, como por exemplo, a deficiência, a qual apesar de ter sido historicamente vislumbrada como um caráter negativo pela sociedade, ensejando por muitos anos a exclusão social das pessoas com deficiência, reclama uma mudança de paradigma, através da exigência de promoção e respeito a sua dignidade como sujeito de direitos. (LEITE, 2016)

Neste contexto, a acessibilidade se constitui em uma medida necessária para que a igualdade de oportunidades seja efetivada, tendo em vista que a exclusão social e econômica em relação às pessoas com deficiência não resulta da limitação funcional que possam vir a apresentar, mas da inacessibilidade do meio social, o qual, por intermédio de barreiras estruturais impostas pela sociedade, obsta tanto sua integração no âmbito social, quanto o exercício dos direitos fundamentais, sendo necessária a eliminação desses obstáculos para possibilitar a premissa igualitária assegurada pelo Estatuto, através da implementação, dentre outras medidas, que objetivem promover a adaptação das pessoas com deficiência em espaços públicos, que viabilizem o seu direito a educação através de linguagem própria redigida em

braile, que capacitem profissionais destinados a assegurar a comunicação, para que possa haver uma efetiva inclusão social das pessoas com deficiência. (LEITE, 2016)

O atendimento prioritário se constitui em mais um progresso decorrente da elaboração do Estatuto da Pessoa com Deficiência, no qual se objetiva garantir a dignidade dos destinatários da norma, permitindo que possam ter efetivo acesso a bens fundamentais imprescindíveis, como a saúde, educação, acessibilidade, informação, serviços públicos ou particulares, para viverem de forma digna. Nesse sentido, as pessoas com deficiência, em qualquer circunstância, devem ter prevalência quando houver necessidade de proteção e socorro, em razão da vulnerabilidade que possam apresentar, decorrente de suas limitações ou impedimentos, devendo ser priorizado o salvamento de uma pessoa com deficiência na ocorrência de desastres naturais, conflitos armados ou qualquer outra circunstância que ofenda a direitos fundamentais. (LEITE, 2016)

As pessoas com deficiência têm direito, para além das hipóteses anteriormente mencionadas, a atendimento prioritário em todas as instituições e serviços, sejam públicos ou privados, e a usufruir com prioridade de recursos humanos e tecnológicos, sendo imprescindível para a garantia de mencionado direito, a capacitação de profissionais, de modo a garantir uma adequada prestação de serviços em relação às pessoas com deficiência, e o incentivo a pesquisa e ao desenvolvimento tecnológico que possibilitem a inclusão destas no âmbito social, inclusive com a disponibilização pelo poder público, de pontos de parada, estações e terminais acessíveis às pessoas com deficiência, com garantia de segurança no embarque e desembarque, tendo em vista que o planejamento das cidades, tanto em seus espaços públicos como privados, devem ser instituídos de modo a viabilizar o seu uso livre e desimpedido por todas as pessoas, ocupando a circulação função ímpar neste processo, pois é através dela que se desenvolvem as atividades humanas na sociedade. (LEITE, 2016)

O atendimento prioritário se relaciona, entre outras circunstâncias, com a disponibilização de recursos de comunicação acessíveis as pessoas com deficiência, que devem ter ampla interação com os instrumentos que possibilitam sua inserção na sociedade, e neste sentido, o Estatuto da Pessoa com Deficiência destina um capítulo próprio que trata do acesso à informação e à comunicação, no qual prenuncia medidas que devem ser adotadas para assegurar a efetividade desse direito, dentre as quais se encontram a necessidade da comunicação televisiva ser dotada de acessibilidade, através da disponibilização de recursos consistentes em subtítuloção, por meio de legenda oculta, janela com intérprete de libras e autodescrição, nos termos do artigo 67 do Estatuto, o ensino da linguagem de sinais ser

prioritário, tanto na rede pública como privada, o incentivo e a disponibilização de canais de comunicabilidade, como livros, artigos científicos, que permitam que as pessoas com deficiência tenham amplo acesso às informações, exercendo seu direito à liberdade de expressão, inclusive através do ensino e do emprego da escrita em Braille. (LEITE, 2016)

A restituição do imposto de renda, de modo prioritário, é outro direito conferido às pessoas com deficiência, independente da ordem que as declarações do referido imposto tenham sido transmitidas ao órgão arrecadador, devendo, preferencialmente, ser privilegiada a restituição dos menores valores, para que estes não sejam alcançados pela inflação. Outra circunstância em que deve ser viabilizado o atendimento prioritário à pessoa com deficiência se perfectibiliza no seu amplo acesso à justiça, seja como parte ou terceiro interessado, em procedimentos administrativos ou judiciais e na tramitação processual, sendo imprescindível o tratamento desigual em benefício das pessoas com deficiência, para que as diversas singularidades que possam vir a apresentar não impossibilitem sua inclusão na sociedade. (LEITE, 2016)

O respeito à autonomia da vontade é função essencial do Estatuto da Pessoa com Deficiência, e por este motivo, o legislador quando da sua elaboração, dedicou um capítulo exclusivo buscando garantir o direito da pessoa com deficiência fazer suas próprias escolhas, preservando suas liberdades fundamentais, e nesta perspectiva, a norma em evidência, protege a liberdade de escolha da pessoa com deficiência para determinados atos, como intervenções clínicas ou cirúrgicas, tratamentos, institucionalização forçada, procedimentos terapêuticos, hospitalização, pesquisa científica, circunstâncias estas em que deve haver o respeito e a observância às decisões tomadas pelos titulares do Estatuto, ainda que sob a intervenção de um curador, sendo vedado qualquer ato que acarrete em sua submissão não consentida. (LEITE, 2016)

A principal medida inovadora do Estatuto, visando atender aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, foi o reconhecimento em seu artigo 6º, da capacidade civil plena para as pessoas com deficiência, as quais passaram a ter os mesmos direitos e garantias conferidos a qualquer pessoa, acarretando na alteração de todo o paradigma atinente à incapacidade previsto na legislação civilista. A presunção geral de capacidade de direito e de exercício em benefício das pessoas com deficiência, a partir da valorização de sua autonomia, permite que estas possam como sujeito de direitos, exercer de forma independente os atos da vida civil, sem interferência de terceiros, e para todas as pessoas com deficiência que não tenham condições de se autodeterminar, de forma temporária

ou definitiva, a norma em estudo prevê a possibilidade de se submeterem a curatela, em circunstâncias excepcionais, ou a tomada de decisão apoiada, instituto criado pelo próprio Estatuto e que se caracteriza por ser uma medida que permite maior liberdade por seu beneficiário. (NISHIYAMA, TOLEDO, 2016)

3.3.1 Teoria da incapacidade com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência

Com a instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a teoria da incapacidade passou a ser fundamentada em bases mais técnicas e disciplinada em valores constitucionais, expressando uma perspectiva mais humana sobre as causas ensejadoras da incapacidade no ordenamento jurídico brasileiro, dissociando a deficiência como causa motivadora para a atribuição de incapacidade. A lei civilista distinguia as incapacidades em razão do menor grau de inteligência e condição de discernimento, e a partir dessa proposição, havia presunção de incapacidade em relação à pessoa com deficiência, que se via impossibilitada de praticar de forma autônoma os atos atinentes à vida civil. (OLIVEIRA, 2017)

De maneira distinta da realidade normativa anterior, as pessoas com deficiência passaram a partir do Estatuto da Pessoa com Deficiência, a terem presunção de capacidade jurídica plena, podendo praticar de forma autônoma os atos da vida civil, sem intervenção de terceiros, ensejando esta nova percepção profundas modificações, sobretudo, no rígido instituto da capacidade civil, que perdurou incólume durante anos, visto que se passou a entender que a deficiência não conduz necessariamente a incapacidade da pessoa, que continua tendo a possibilidade de se autodeterminar e de fazer suas próprias escolhas de forma livre através do exercício dos direitos civis, políticos e sociais. (NISHIYAMA, TOLEDO, 2016)

Nesta perspectiva, as pessoas com deficiência não estão mais sujeitas ao tratamento de incapazes ora conferido pelo Código Civil de 2002, em seus artigos 3º e 4º, tendo em vista que os mesmos tiveram incisos revogados pelo Estatuto em pauta, o qual inadmitiu a possibilidade de pessoas que não tenham o necessário discernimento para prática dos atos da vida civil, em razão de enfermidade ou deficiência mental, ou que não possam exprimir sua vontade, de serem enquadradas como absolutamente incapazes, restando como única hipótese de admissibilidade, as pessoas menores de 16 anos, inexistindo, portanto, no ordenamento jurídico, pessoa maior de idade que seja considerada absolutamente incapaz. (NISHIYAMA, TOLEDO, 2016)

Do mesmo modo, no que tange aos relativamente incapazes, as pessoas com deficiência mental, com o discernimento reduzido e as anteriormente consideradas excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, foram excluídas do rol de incapazes relativamente a certos atos da vida civil, perdurando somente as hipóteses de pessoas maiores de 16 anos e menores de 18 anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, os acometidos pela prodigalidade, e as pessoas que não podem exprimir sua vontade, por causa transitória ou permanente, sendo imprescindível quando caracterizada alguma dessas circunstâncias, que a pessoa tida como incapaz, seja assistida por um terceiro, visando assegurar a regularidade do ato praticado. (NISHIYAMA, TOLEDO, 2016)

Visando a homogeneidade de tratamento em relação às pessoas com deficiência com as demais, o Estatuto reconheceu plena capacidade de seus titulares, inclusive no que tange aos direitos matrimoniais, os quais foram objetos de significativas alterações com o advento da norma em estudo, uma vez que ensejavam ampla discriminação em relação às pessoas com deficiência, que se viam impossibilitadas de exercerem aludidos direitos em razão de previsões legais que determinavam a nulidade ou a anulabilidade do casamento contraído quando da existência de algum tipo de deficiência por algum dos cônjuges. (NISHIYAMA, TOLEDO, 2016)

Nesta perspectiva, a nulidade do casamento sucedia-se, quando contraído por enfermo mental, sem o necessário discernimento para a prática de atos da vida civil, e a anulabilidade, quando caracterizado erro essencial sobre a pessoa do outro, hipótese esta que tinha como fato ensejador para a sua admissibilidade, a existência anterior ao casamento, de doença mental grave ou defeito físico irremediável, perdurando esta última hipótese com o advento do Estatuto em questão, quando o defeito físico irremediável não represente deficiência, haja vista esta não mais justificar a existência de tratamento restritivo entre as pessoas. (NISHIYAMA, TOLEDO, 2016)

É válido destacar que mesmo com o advento do Estatuto, as pessoas com deficiência podem ser compreendidas como absolutamente ou relativamente incapazes, não mais em razão da deficiência em si, mas por critérios unicamente etários ou pelo atendimento de algum requisito imposto a todas as pessoas que nele se enquadrem, que motive a atribuição da incapacidade relativa, persistindo a possibilidade de se valerem de medidas protetivas quando não apresentarem a autonomia necessária para a prática de atos civis, como a curatela e a tomada de decisão apoiada, as quais ainda que sejam adotadas, não retiram a plena capacidade das pessoas com deficiência, mas tão somente visam em ambos os casos, a proteção de seus

direitos e sua inclusão no âmbito social em condições de igualdade com as demais pessoas. (NISHIYAMA, TOLEDO, 2016)

3.4 O instituto da curatela pós Estatuto da Pessoa com Deficiência

A curatela que se constitui em um instituto protetivo comumente voltado às pessoas que apresentam tão somente capacidade de fato e não de exercício, ou seja, aos que embora tenham atingido idade hábil para a prática de determinados atos da vida civil, são incapazes de realiza-los de forma autônoma, sofreu profundas alterações com o advento do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que ao alterar o sistema das incapacidades previsto na norma civilista, extinguiu a hipótese de maior de idade ser considerado absolutamente incapaz, e, como efeito dessa mudança de paradigma, a curatela passa somente a se aplicar aos relativamente incapazes, se sujeitando, portanto, ao aludido instituto, nos termos do artigo 1767 do Código Civil de 2002, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não podem manifestar sua vontade, os ébrios habituais e os viciados em tóxicos, e os pródigos, não restando mais qualquer menção à natureza da deficiência da pessoa como hipótese para aplicação do referido instituto, que apenas se justifica quando restar caracterizada alguma das circunstâncias do artigo acima mencionado. (FERNANDES, 2016; NISHIYAMA, TOLEDO, 2016; OLIVEIRA, 2017)

Com o novo paradigma suscitado pelo Estatuto, que elevou a plena capacidade toda pessoa com deficiência, a curatela, que se constituiu por muito tempo em um instituto amplamente aplicado as pessoas destinatárias da norma em evidência, passa a ser medida extraordinária, e sendo temporária, deve perdurar o menor tempo possível, atingindo tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial que a pessoa com deficiência possa vir a praticar, tencionando referida limitação, na preservação da autonomia e dignidade em relação às pessoas com deficiência, as quais mesmo submetidas à curatela podem exercer livremente os atos relacionados à sua própria privacidade, ao matrimônio, à educação, à saúde, ao trabalho, ao voto, à sexualidade e ao próprio corpo. (OLIVEIRA, 2017)

São legitimados a propositura de mencionada medida protetiva os pais, os tutores, o cônjuge ou qualquer parente do curatelado, o Ministério Público quando a pessoa em situação de curatela tiver doença mental grave e ocorrer à inércia, inexistência ou incapacidade dos postulantes originários, e em todos os casos, como fiscal da ordem jurídica, e a própria pessoa sujeita a curatela, sendo sua concessão condicionada ao convencimento do juiz sobre as

condições da pessoa e a imprescindibilidade da medida, que apenas deve ser adotada em situações excepcionais, e uma vez definida, em razão da impossibilidade do curatelado administrar seus bens, a pessoa com deficiência em situação de curatela será considerada relativamente incapaz para a prática de atos negociais e patrimoniais, e será nomeado curador para assisti-la na prática destes atos, não podendo perdurar qualquer conflito de interesses entre ambos, visto que se houver divergência entre a vontade do curatelado e a de seu curador, aquele poderá através de seu defensor, rever os termos da curatela e o curador correrá o risco de ser substituído. (FERNANDES, 2016; NISHIYAMA, TOLEDO, 2016; OLIVEIRA, 2017)

O curador terá a sua autoridade estendida para além da administração das relações patrimoniais e negociais da pessoa com deficiência sujeita à curatela, alcançando à pessoa e os bens do incapaz que se encontrar sob a guarda e a responsabilidade do curatelado, persistindo ainda o dever de prestar contas de sua administração anualmente, assim como de preservar o direito à convivência familiar e comunitária do curatelado, respeitando ao máximo a sua autonomia. A atuação do curador deve perdurar até o momento em que o curatelado apresentar condições para praticar por si mesmo os atos da vida civil, e uma vez constatada esta situação, deverá haver a apresentação de laudo atestando a viabilidade do levantamento da curatela, que pode cessar a qualquer momento, podendo ocorrer de forma total, sendo referida medida extinta, ou apenas parcial, quando o curatelado, apesar de ter adquirido maior autonomia, não apresentar completa capacidade de autogovernar-se. . (FERNANDES, 2016; NISHIYAMA, TOLEDO, 2016; OLIVEIRA, 2017)

Visando à humanização do processo de curatela, o magistrado com base no princípio da proporcionalidade, tem o dever de fixar os limites dos atos a serem praticados pelo curador, os quais devem atender as necessidades e as circunstâncias que o caso concreto exige, sempre levando em consideração para a definição da curatela, o estado e desenvolvimento mental do curatelado, sendo obrigatória a realização de entrevista pessoal do mesmo a ser realizada pelo magistrado, assistido por equipe multidisciplinar, em audiência de entrevista a ser designada, na qual o curatelado será indagado sobre tudo o que for necessário para o livre convencimento do juiz acerca de sua capacidade para administrar seu patrimônio e reger sua própria vida. Durante a realização da audiência de entrevista é indispensável à utilização de recursos tecnológicos que auxiliem o curatelado a exercer a plena manifestação de suas pretensões, e na busca da medida mais benéfica ao mesmo, a entrevista pode ser acompanhada por especialista, parentes e pessoa próximas ao curatelado. (FERNANDES, 2016; OLIVEIRA, 2017)

È notável que o legislador se atentou ao princípio do contraditório e da ampla defesa, quando previu a possibilidade do curatelado impugnar o pedido de curatela, devendo este direito ser exercido no prazo de quinze dias, cujo termo inicial se computa a partir da realização da entrevista pelo magistrado, momento no qual o curatelado poderá constituir advogado, e se assim não o fizer, haverá a nomeação de curador especial que defenderá os seus interesses, e o Ministério Público intervirá como fiscal da ordem jurídica em todo o procedimento de curatela. Transcorrido o prazo para que o curatelado exerça sua defesa, inicia-se a fase probatória, sobretudo com a produção de prova pericial multidisciplinar, a qual resultará em um laudo, que indicará de maneira pormenorizada os atos que serão submetidos à curatela, que uma vez definida, deve ser atribuída a quem melhor atenda aos interesses do curatelado. (FERNANDES, 2016; NISHIYAMA, TOLEDO, 2016; OLIVEIRA, 2017)

A curatela era vislumbrada unicamente como um instituto indivisível, no qual apenas uma única pessoa poderia zelar e cuidar dos interesses do curatelado, contudo, esta percepção se transforma com a instituição do Estatuto da Pessoa com Deficiência, que visando potencializar a proteção dos interesses de seus titulares, estabelece a possibilidade de se instituir curatela compartilhada, a qual permite que o magistrado nomeie mais de um curador à pessoa com deficiência, delimitando as responsabilidades de cada um, de modo que possam proporcionar uma melhor qualidade de vida à pessoa em situação de curatela. Do mesmo modo, seguindo uma perspectiva protecionista, a norma em estudo prevê a possibilidade de nomeação de curador provisório para as pessoas com deficiência, quando restar caracterizada relevância e urgência para referida designação, visando à preservação de sua dignidade humana sempre que não estiverem hábeis a exercer livremente os atos da vida civil. (OLIVEIRA, 2010; FERNANDES, 2016; OLIVEIRA, 2017)

Com o intuito de aferir se a pessoa em situação de curatela adquiriu maior autonomia, sobretudo para os atos patrimoniais e negociais, deve ser realizada a revisão periódica da medida, tendo em vista que uma vez constatada a prescindibilidade da mesma, deverá ser extinta, e caso seja necessária à adoção de outra medida protetiva, a própria pessoa com deficiência, quando dotada de grau de discernimento, poderá optar pela tomada de decisão apoiada, a qual se constitui em um instrumento que permite maior autonomia que a curatela, e privilegia o respeito às vontades e preferências de seu titular, possibilitando que este obtenha auxílio para prática dos atos da vida civil, através da atuação de apoiadores, que são pessoas elegidas pela pessoa com deficiência, com base em uma relação de confiança,

para viabilizar o exercício pleno de sua capacidade. (OLIVEIRA, 2010; FERNANDES, 2016; OLIVEIRA, 2017)

3.5 O instituto da tomada de decisão apoiada

O instituto da tomada de decisão apoiada é uma relevante inovação instituída no ordenamento jurídico brasileiro, com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, por meio do qual se busca auxiliar as pessoas com deficiência na celebração de atos jurídicos, em igualdade de condições com as demais pessoas, especialmente nos atos de maior complexidade, como os patrimoniais e negociais. Desse modo, referido instituto, baseado na voluntariedade e na confiança, se materializa mediante a instauração de processo judicial por iniciativa exclusiva da pessoa com deficiência, que sendo dotada de discernimento, indica ao menos duas pessoas idôneas e de sua confiança, qualificadas como apoiadores, que se submeterão a prestação de contas, para apoiá-la nos atos da vida civil, propiciando o exercício pleno de sua capacidade. (REQUIÃO, 2015)

A tomada de decisão apoiada é um modelo alternativo à curatela, persistindo uma convivência entre os institutos, se aplicando inclusive as disposições gerais da curatela à tomada de decisão apoiada, contudo, em que pese ambas se caracterizarem por serem medidas protetivas constituídas pela via judicial, a última permite uma maior autonomia da pessoa com deficiência, que no bojo do referido instituto, se constitui como único legitimado ativo hábil a sua propositura, tendo a livre possibilidade de indicação dos sujeitos que irá lhe apoiar nos atos civis. Nesse sentido, o respeito à autonomia do apoiado se faz presente no termo em que se formula o pedido para a definição de tomada de decisão apoiada, momento no qual deve haver o respeito e atendimento a sua vontade e aos seus interesses, sendo imprescindível que se determine os limites do apoio a ser prestado pelos apoiadores, assim como os compromissos destes, e o prazo de vigência do acordo, incumbindo ao magistrado antes de decidir acerca da adoção de referida medida, que seja assistido por equipe multidisciplinar, e proceda à oitiva do Ministério Público, do requerente e de seus apoiadores. (REQUIÃO, 2015; NISHIYAMA, TOLEDO, 2016; OLIVEIRA, 2017)

Em que pese o instituto da tomada de decisão apoiada primar pela maior autonomia da pessoa com deficiência, devendo prevalecer a sua vontade em detrimento de qualquer manifestação dos apoiadores, visto que é por sua iniciativa e interesse que a medida protetiva em questão é adotada, a própria norma civilista excepciona referido entendimento e exige que

haja a necessária atuação do magistrado, que deve proferir decisão final sobre o caso concreto, ouvido o Ministério Público, quando havendo discordância entre a pessoa apoiada e os apoiadores, o negócio jurídico puder trazer risco ou prejuízo expressivo para aquela, hipótese esta em que, apesar de não necessariamente prevalecer à vontade da pessoa com deficiência, se busca através desta limitação legal, a proteção de seus direitos, sobretudo, quanto estes claramente estão sendo ameaçados. (REQUIÃO, 2015; NISHIYAMA, TOLEDO, 2016; OLIVEIRA, 2017)

A tomada de decisão apoiada não acarreta perda da capacidade da pessoa com deficiência, mas de outro modo, a decisão proferida por pessoa apoiada tem validade e efeitos sobre terceiros, contanto que estejam nos limites do apoio ajustado no respectivo termo que ensejou a concessão da aludida medida protetiva, hipótese esta que se atendida, não acarretará na invalidação de nenhum negócio jurídico celebrado pela pessoa apoiada, podendo ainda, terceiro que com ela mantenha relação negocial, requerer para sua maior segurança, que os apoiadores assinem o contrato ou acordo que estiver sendo firmado com o apoiado, indicando a função que desempenham em relação à pessoa com deficiência. Os apoiadores tem o dever de agir com prudência na preservação dos interesses do apoiado, não sendo admitido que hajam com indiligência, bem como que exerçam pressão indevida sobre este, ou que não cumpram com as obrigações firmadas, circunstâncias estas que uma vez ocorridas poderão acarretar na destituição do apoiador que assim proceder. (REQUIÃO, 2015; NISHIYAMA, TOLEDO, 2016; OLIVEIRA, 2017)

Em caso de afastamento de algum apoiador elegido pela pessoa com deficiência que esteja sendo apoiada, esta deve ser ouvida para que se manifeste acerca do seu interesse quanto à nomeação de outra pessoa para lhe prestar apoio, sendo extinta supracitada medida protetiva, quando havendo dois apoiadores escolhidos, um for destituído e houver a negativa da pessoa com deficiência pela nomeação de outra pessoa para apoiá-la, em razão da exigência legal de ao menos dois apoiadores como condição para concessão da aludida medida, a qual pode igualmente ser extinta, pelo exercício do direito potestativo da pessoa apoiada, que pode a qualquer tempo, solicitar a cessação do acordo ajustado, não cabendo ao magistrado denegar semelhante pedido. Por outro lado, os apoiadores tem a possibilidade de escolher não mais participar do processo de tomada de decisão apoiada, contudo, de maneira distinta as anteriormente elencadas, sua saída não implica na automática extinção da medida, que só ocorrerá caso o apoiado não indique um novo apoiador. (REQUIÃO, 2015)

3.6 A subsistência do procedimento de interdição

A interdição tem sua origem no Direito Romano, e se caracteriza por ser um instituto de jurisdição voluntária, no qual a curatela é deferida pelo magistrado por sentença judicial, constituindo-se em um pressuposto jurídico para que seja declarada a incapacidade do indivíduo, com a consequente nomeação de um curador, que terá sua atuação restrita aos atos de conteúdo patrimonial e negocial que a pessoa com deficiência possa vir a praticar. Em que pese à interdição desempenhar função essencial no ordenamento jurídico, por ser o procedimento pelo qual a curatela é constituída e se constata o grau de discernimento do indivíduo para os atos da vida civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência extinguiu do Código Civil de 2002 as disposições que regulamentavam o instituto, e elegeu tão somente a tomada de decisão apoiada e a curatela como mecanismos de proteção à pessoa com deficiência. (SILVESTRE, GUSELLA, NEVES, 2017)

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou os artigos do Código Civil de 2002 que faziam menção ao instituto da interdição, extinguindo referida expressão da norma civilista, e adotando a ideia de que a instituição da curatela ocorrerá tão somente através de uma ação judicial, em que haverá a nomeação de um curador, contudo, essa modificação não fora recepcionada pelo Código de Processo Civil de 2015, que baseado na permanência do instituto, o regulamentou, e revogou os artigos do Código Civil que tinham sido alterados pelo Estatuto em questão, mantendo o uso da expressão até então revogada, e suscitando na doutrina incerteza quanto à subsistência do instituto da interdição em razão da manifesta controvérsia existente entre as normas. (LIMA, 2017)

Embora o Código Civil de 2002 tenha sido instituído sob os preceitos da Constituição Federal de 1988, a qual consagra como fundamento do Estado Democrático de Direito e princípio basilar de todo ordenamento jurídico, a dignidade da pessoa humana, o instituto da curatela e, por conseguinte a decretação de interdição continuou assumindo o caráter patrimonialista do Código Civil de 1916, tendo como principal objetivo não a recuperação do interditando, mas a pretensão por estabilidade jurídica na circulação de riquezas, através da adequada administração do patrimônio da pessoa incapaz de gerenciá-lo, ocasionando a verdadeira morte civil do indivíduo, que tendo sua autonomia suprimida, se via impossibilitado de praticar atos civis, mesmo em situações relacionadas à sua própria existência. (SOUZA, SILVA, 2017)

Não obstante, a curatela adquiriu novos delineamentos com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, que ao reconhecer a plena capacidade da pessoa com deficiência, restringiu a aplicação do instituto as relações de natureza patrimonial e negocial de que o curatelado for titular, não tendo mais o condão de afastar a autonomia privada do indivíduo, que deve ter seu poder de escolha preservado, ainda que submetido à curatela, sobretudo, em questões relacionadas à sua própria existência. Dessa forma, ainda que o Estatuto da Pessoa com Deficiência tenha revogado o procedimento de interdição da legislação civilista, este subsiste no ordenamento jurídico brasileiro, sob uma nova perspectiva, não podendo mais importar no afastamento da autonomia do curatelado de autodeterminar-se como pessoa humana, devendo uma vez aplicado, restringir-se aos atos de conteúdo econômico e patrimonial, e possibilitar o livre desenvolvimento da pessoa com deficiência interditada, que não deve sofrer qualquer ingerência de terceiros em sua esfera privada. (SOUZA, SILVA, 2017)

Em razão do Estatuto da Pessoa com Deficiência desassociar os conceitos de incapacidade civil e deficiência, e extinguir o instituto da interdição da norma civil, inicia-se um debate acerca da viabilidade em se revogar automaticamente as interdições deferidas anteriormente à vigência da Lei nº. 13.146/2015. Se por um lado há quem defenda a revogação automática em razão das pessoas com deficiência terem adquirido capacidade jurídica plena, não se justificando mais a adoção de referido instituto, por outro, o argumento é baseado na imprescindibilidade de uma sentença para o levantamento da interdição, visando aferir se a pessoa com deficiência apresenta condições suficientes para praticar os atos da vida civil, gerindo sua própria vida e administrando seu próprio patrimônio, buscando-se dessa forma uma maior efetividade da curatela, e a preservação da dignidade da pessoa com deficiência, que deve ter seus direitos preservados, ainda que não possa por si mesma exercer sua autonomia de forma plena. (LIMA, 2017)

Em que pese à contradição existente, se mostra mais compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, a exigência da propositura de uma ação de levantamento de interdição, para que a pessoa com deficiência interditada possa receber tratamento jurídico de plena capacidade civil, não sendo viável a revogação automática da medida, uma vez que a necessidade de uma sentença traz maior segurança jurídica, tanto em relação à pessoa com deficiência que não estará desamparada, quando, não podendo exercer seus direitos de forma autônoma, necessitar de auxílio em sua vida civil, como em relação à estabilidade das decisões judiciais, que apenas devem ter seus efeitos interrompidos quando não mais subsistir as causas que a motivaram. (LIMA, 2017)

3.7 Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desamparo?

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência tendo como base o respeito à dignidade da pessoa humana, objetivou a inclusão jurídica e social das pessoas com deficiência, protegendo seus direitos fundamentais e oportunizando igualdade de condições entre seus titulares e as demais pessoas. Nesse sentido, a norma em questão alterou o sistema de incapacidades previsto na legislação civilista, que se por um lado, se apresentava como uma limitação à autonomia da pessoa que a ele era submetida, por outro, resguardava, sobretudo, as relações patrimoniais e negociais de todos aqueles que não tinham condições de exercê-las por si só, através da assistência, quando restasse caracterizada a incapacidade relativa do agente, ou da representação, quando manifesta a incapacidade absoluta. (FREITAS, RODRIGUES, 2017; SILVA, 2017)

É evidente que a norma supracitada trouxe no bojo de suas disposições elevada proteção às pessoas com deficiência, assegurando uma série de direitos que até então não eram previstos no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, apesar de relevantes avanços voltados especificamente para essa camada da sociedade historicamente estigmatizada, o Estatuto, uma vez interpretado de forma literal, suscitou uma maior vulnerabilidade das pessoas com deficiência, sobretudo os deficientes mentais, que ficaram desamparados juridicamente em razão do tratamento a eles conferidos de capacidade jurídica plena, passando a vigorar regras que distante da realidade fática que circunda essas pessoas, prejudicam o exercício de seus direitos. (DONIZETTI, 2017)

Ao alterar o sistema das incapacidades, o Estatuto da Pessoa com Deficiência reconheceu a plena capacidade de seus titulares e retirou-os da condição de absolutamente incapazes, não subsistindo mais a possibilidade de serem representados, ainda que não possam manifestar a sua vontade, circunstância na qual serão reputados como relativamente incapazes, nos termos do artigo 4º, III, do Código Civil de 2002, e poderão tão somente ser assistidos por um curador, ensejando referida alteração, incongruência no ordenamento jurídico e vulnerabilidade em relação à pessoa com deficiência, que estará desprotegida juridicamente quando não puder exprimir sua vontade, tendo em vista que ao se tratar de assistência a manifestação de vontade do assistido é imprescindível para a validade de qualquer ato ou negócio jurídico a ser realizado. (SIMÃO, 2015; OLIVEIRA, 2016; DONIZETTI, 2017)

O Estatuto errou ao atentar-se em apenas desvincular o estigma negativo de incapacidade que perdurava em relação a seus titulares, e não distinguir o tratamento jurídico que reclama cada tipo de deficiência, conferindo a todas as pessoas com deficiência a plena capacidade jurídica, e destinando a assistência como medida protetiva para a salvaguarda dos direitos daqueles que não podem manifestar a sua vontade, ensejando questionamento na doutrina em relação à efetividade da alteração promovida, em razão da manifesta incongruência existente em submeter à validade de um ato à manifestação de vontade de quem não possa exprimi-la, sendo imprescindível a atribuição de uma tutela mais adequada para a melhor preservação dos interesses de quem não tenha condições de exercer com autonomia os atos da vida civil. (SIMÃO, 2015; OLIVEIRA, 2016; DONIZETTI, 2017)

Nesse sentido, a representação legal é à medida que melhor se compatibiliza com a proteção da pessoa com deficiência, que por motivo transitório ou permanente, não pode manifestar a sua própria vontade, regendo a si mesmo e a seus bens, tendo em vista que uma vez representada, a tutela de seus interesses será feita exclusivamente por seu representante, não sendo necessária a sua atuação como pressuposto para a validade do ato ou negócio jurídico a ser celebrado. Em que pese à pertinência da representação, esta não encontra qualquer respaldo no Estatuto da Pessoa com Deficiência, que restringiu a aplicabilidade da medida aos menores de dezesseis anos, acarretando na restrição da tutela jurídica conferida à pessoa com deficiência sem capacidade de autodeterminar-se, que se por um lado recebia, antes da vigência do Estatuto, o tratamento jurídico de incapacidade absoluta, sendo interditada e representada por um curador, por outro, com o advento da norma em questão, passou a ser tida como relativamente incapaz, independentemente do grau de entendimento que apresente, e os efeitos da curatela se limitaram à assistência, a qual enseja a manifestação de vontade do assistido. (DONIZETTI, 2017)

Pelo fato de não mais persistir a possibilidade no ordenamento jurídico brasileiro de se atribuir as pessoas com deficiência o tratamento jurídico de incapacidade absoluta, as disposições do Código Civil de 2002, relacionadas com a invalidade do negócio jurídico e com a prescrição e a decadência, passam a ser aplicadas de forma desfavorável a todas as pessoas com deficiência que se encontram em situação de vulnerabilidade, sem condições de autodeterminar-se, as quais verão correndo regularmente contra si mesmo, o prazo prescricional e decadencial, assim como, os negócios jurídicos por ela celebrados não mais serão nulos como eram, mas de outro modo, serão tão somente passíveis de anulabilidade, uma vez consideradas relativamente incapazes. (SIMÃO, 2015; DONIZETTI, 2017)

Em decorrência da mudança de paradigma promovida pelo Estatuto, as pessoas com deficiência são expostas a mais uma circunstância de insegurança e desamparo, quando a norma em pauta, condiciona a realização de tratamento, procedimento, hospitalização ou pesquisa científica, ao consentimento prévio de seus titulares, parecendo não se atentar à diversidade de deficiências existentes, e aos diferentes níveis que estas podem se revelar em cada ser humano, persistindo, apesar da previsão legal de capacidade jurídica plena, pessoas com deficiência sem o necessário discernimento para manifestar a sua vontade plena, a exemplo das pessoas que se encontram em situação de coma, circunstância na qual a necessidade de anuência deve ser dispensada, pois se assim não o for, o magistrado, atento ao princípio da dignidade da pessoa humana, e visando tutelar o maior bem jurídico existente, qual seja, a vida humana, estará compelido, quando necessário, a determinar a internação ou intervenção cirúrgica da pessoa com deficiência, ainda que contrário a sua vontade. (DONIZETTI, 2017)

Conforme elucidado, o Estatuto da Pessoa com Deficiência se constitui em um instrumento de inclusão social, familiar e jurídica em relação à pessoa com deficiência, contudo, ao destinar o mesmo tratamento a todos os seus titulares, não distinguindo as particularidades que envolvem a realidade destes, acabou por desprotegê-los, e por este motivo, para que referida norma tenha maior aplicabilidade no caso concreto, se faz necessário compreendê-la não apenas sob uma ótica literal, mas de modo a ampliar a tutela jurídica conferida às pessoas com deficiência, sendo imprescindível para esse fim, o estudo do adequado alcance da previsão legal de plena capacidade definida pelo Estatuto. (SILVA, 2017)

A capacidade jurídica, sendo um tema já abordado no presente trabalho, mas cuja importância justifica novamente a sua menção, é a regra do ordenamento jurídico brasileiro, e pode ser vislumbrada através de uma perspectiva de direito, que se refere à aptidão do indivíduo para adquirir direitos e deveres, ou de outro modo, sob uma perspectiva de fato ou de exercício, que se relaciona com a propensão do indivíduo para praticar por si só os atos da vida civil. Nesse sentido, o Estatuto, ao reconhecer a capacidade legal plena de seus titulares, o fez, sobretudo sob a perspectiva de direito, ou seja, todas as pessoas com deficiência devem ter os mesmos direitos e deveres que as demais pessoas, mas nem todas podem exercê-los. (RODRIGUES, 2012; SILVA, 2017)

Apartando-se de qualquer interpretação literal conferida ao Estatuto, a fim de que este possa estar em consonância com a perspectiva protetiva da Constituição Federal de 1988,

e do Código Civil de 2002, a norma em questão não deve ser analisada como se conferisse o exercício irrestrito de direitos aos seus titulares, pois se assim o fosse, atentaria contra a vida e o patrimônio das pessoas com deficiência, sobretudo, daquelas que não apresentam o discernimento necessário para os atos da vida civil, sendo imprescindível para a preservação de seus interesses, que a capacidade de exercício seja conferida, em atenção ao princípio da razoabilidade, considerando a dimensão e gravidade da deficiência apresentada por cada sujeito, a fim de que cada um, considerado em sua individualidade, possa receber a adequada tutela jurídica em razão da limitação apresentada. (SILVA, 2017).

CONCLUSÃO

O neoconstitucionalismo inaugura o Estado Democrático de Direito, e com ele, o ser humano ocupa o centro das preocupações do Direito, que tem o dever de refletir as exigências de uma sociedade complexa e dinâmica, efetivando os direitos e garantias fundamentais assegurados no texto constitucional. Nessa perspectiva, nasce o Estatuto da Pessoa com Deficiência, o qual tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a igualdade, permite uma maior visibilidade de uma parcela da sociedade que sofreu ao longo da história da humanidade graves violações a seus direitos, sendo a ela destinados a extinção, o abandono e a exploração, restando-lhes recorrer à esmola como único meio para sua sobrevivência.

O Estatuto nasce, portanto, como resposta ao modelo social da deficiência, o qual reclama uma atuação positiva da sociedade em relação à eliminação de barreiras sociais, institucionais e ambientais, que dificultam a efetiva participação da pessoa com deficiência na sociedade, e em decorrência dessa premissa, no intuito de desvincular o estigma negativo que perdurava em relação a seus titulares e possibilitar o exercício de seus direitos em igualdade de condições com as demais pessoas alterou o paradigma de incapacidade que persistia no ordenamento jurídico, elevando toda pessoa com deficiência a capacidade civil plena.

Em decorrência da alteração da teoria da incapacidade promovida pelo Estatuto, fora extinta toda referência às deficiências e enfermidades mentais contidas nos artigos 3º e 4º do Código Civil, passando a se considerar como absolutamente incapazes, e sujeitos a representação, apenas os menores de dezesseis anos, e como relativamente incapazes, e sujeitos a assistência, dentre outros motivos, aqueles que não podem exprimir sua vontade, por motivo transitório ou permanente. Desta forma, não perdura mais a possibilidade das pessoas com deficiência serem consideradas absolutamente incapazes para a prática dos atos da vida civil, e por essa razão, não podem mais serem representadas, mas de outro modo, se não tiverem condições de exteriorizar a sua vontade, receberão o tratamento jurídico de incapacidade relativa, e serão assistidas na prática de um ato ou negócio jurídico.

Ocorre que, na representação, a tutela jurídica dos direitos e interesses do curatelado é feita exclusivamente pelo curador, e na assistência é necessária a atuação conjunta entre curador e curatelado, sendo imprescindível a manifestação de vontade deste para a validade do ato ou negócio a ser praticado, e por essa razão, diante dessa grave incongruência existente, que submete a pessoa com deficiência, que não tem condições de manifestar a sua

própria vontade, à assistência, é imprescindível levantar o questionamento da viabilidade desta previsão, uma vez que a representação é a única medida adequada, neste caso, para a preservação dos direitos e interesses do indivíduo que se encontre em semelhante situação.

Em que pese às boas intenções do legislador em atribuir capacidade civil plena a toda pessoa com deficiência, uma vez esta ser a regra do ordenamento jurídico e permitir maior autonomia a seu titular, esta mudança ensejou diversas consequências no ordenamento, sobretudo pelo fato de inserir no mesmo bojo todas as deficiências, não se atentando à tutela jurídica específica que reclama cada tipo de deficiência, acarretando assim, em certo prejuízo aos direitos daqueles que não tem condições de autodeterminar-se, tendo em vista que contra eles passaram a vigorar regras que até então os beneficiavam.

A alteração da teoria da incapacidade pelo Estatuto acarretou, em diversos pontos, em manifesta incoerência e desproteção em relação a seus titulares, em especial aqueles que não têm condições de manifestar a sua vontade. O primeiro, já evidenciado anteriormente, concerne à impossibilidade de representação das pessoas com deficiência, restando-lhes à assistência, uma vez consideradas relativamente incapazes, como meio a salvaguardar seus direitos. Do mesmo modo, no campo da validade dos negócios jurídicos, passou-se a considerar válidos os atos praticados pelas pessoas com deficiência, mesmo as que não apresentem necessário discernimento para os atos da vida civil, circunstância na qual serão passíveis tão somente de anulabilidade, acarretando em amplo desamparo jurídico.

Estando o sistema de proteção intimamente ligado à teoria das incapacidades civis, muitas foram as consequências jurídicas àqueles que, anteriormente enquadrados no rol de incapazes, passaram a ser, na nova sistemática, pessoas plenamente capazes ou relativamente incapazes, e como prova disso, as regras atinentes à prescrição e a decadência, passaram a ser aplicadas, igualmente, de forma desfavorável as pessoas com deficiência que não tenham o discernimento necessário para a vida civil, circunstância na qual verão correndo contra si os prazos prescricionais e decadenciais, ainda que submetidas à curatela, visto que referidos institutos apenas não fluem contra os absolutamente incapazes, ou seja, os menores de dezesesseis anos.

O Estatuto previu a tomada de decisão apoiada, e excepcionalmente a curatela, como meios de proteção jurídica as pessoas com deficiência, adquirindo esta novos delineamentos, tendo em vista que, se antes da vigência do Estatuto, se constituía em um instituto amplamente aplicado as pessoas com deficiência, com o advento deste, adquire caráter extraordinário e deve durar o menor tempo possível, e uma vez restrito aos atos de natureza

patrimonial e negocial que o curatelado for titular, não se admite mais qualquer ingerência em sua vida privada, podendo exercer livremente, ainda que submetido ao aludido instituto, o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

Em que pese o Estatuto, visando uma maior preservação dos interesses da pessoa com deficiência, ter previsto a possibilidade de estabelecer tanto a curatela compartilhada como a curatela provisória a seus titulares, se constituindo nesse ponto em um significativo avanço em razão da ampliação da tutela jurídica em favor de seus beneficiários, ao revogar o instituto da interdição do ordenamento jurídico, suscitou diversos embates na doutrina quanto à viabilidade de tamanha alteração, que não fora recepcionada pelo Código de Processo Civil de 2015, sendo adotado no presente trabalho, o posicionamento de que perdura a interdição, uma vez ser o procedimento pelo qual a própria curatela é constituída, contudo, esta deve ser adotada a partir de uma nova perspectiva, de modo a não interferir na autonomia do curatelado de autodeterminar-se.

É inegável que o Estatuto da Pessoa com Deficiência, tendo o intuito de concretizar os direitos fundamentais da pessoa humana, se constitui em um sistema normativo demasiadamente inclusivo, marcado pela tentativa de romper com os estereótipos e estigmas que historicamente foram atribuídos as pessoas com deficiência. No entanto, embora tenha se buscado promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo do direito de seus destinatários, o Estatuto acabou desprotegendo as pessoas com deficiência, em razão do manifesto descompasso existente, entre a previsão legal de plena capacidade jurídica, sobretudo, em relação aos deficientes mentais, e a realidade por eles experimentada, tendo em vista ser esta, muitas vezes marcada, pela impossibilidade ou dificuldade de manifestarem a sua própria vontade ou de discernir acerca dos melhores interesses para si mesmo.

O Estatuto alterou a teoria da incapacidade vigente no ordenamento jurídico durante um longo período, por entender que esta violava os direitos fundamentais da pessoa humana, e uma vez, alheio aos reflexos da realidade fática vivenciada por cada pessoa com deficiência, a todas conferiu o tratamento de capacidade jurídica plena, não distinguindo as particularidades que envolvem cada tipo de deficiência, e a tutela jurídica adequada para a melhor proteção dos direitos de cada indivíduo, ensejando grave desamparo jurídico em relação a uma parcela das pessoas com deficiência, e consequente retrocesso no que tange a proteção efetiva destas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- ANDRADE, Fábio Siebeneichler de; BUBLITZ, Michelle Dias. Notas Sobre O Estatuto Da Pessoa Com Deficiência (Lei 13.146/2015) E A Alteração Da Curatela E Do Regime De Capacidade. **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, [S. l.], v. 16, n. 3, p. 707-727, set/dez 2016.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral do direito civil: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2012.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DONIZETTI, Elpídio. Estatuto da Pessoa com Deficiência: proteção ou desamparo? 2017. Disponível em: < <http://genjuridico.com.br/2017/07/19/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-protecao-ou-desamparo/> >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019
- FERNANDES, Larissa. **Curatela à luz do Estatuto da Pessoa com Deficiência e o novo Código de Processo Civil: Breves considerações sobre a nova sistemática**. 2016. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/50756/curatela-a-luz-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-o-novo-codigo-de-processo-civil> >. Acesso em: 10 de janeiro de 2019
- FLORES, Paulo Roberto Moglia Thompson. **Direito civil: parte geral: das pessoas, dos bens e dos fatos jurídicos**. 1. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito de família - de acordo com a Lei n. 12.874/2013**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 6.
- GUEDES, Jefferson Carús. **Igualdade e desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- GUGEL, Maria Aparecida. **A pessoa com deficiência e sua relação com a história da humanidade**. Disponível em: < http://www.ampid.org.br/ampid/Artigos/PD_Historia.php >. Acesso em: 10 de novembro de 2018
- GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com Deficiência e o Direito ao Trabalho**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira da. **Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Wanderson Marcello Moreira de. **Estatuto da Pessoa com Deficiência e seus efeitos no instituto da interdição**. 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/58302/estatuto-da-pessoa-com-deficiencia-e-seus-efeitos-no-instituto-da-interdicao> >. Acesso em: 18 de fevereiro de 2019

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; TOLEDO, Roberta Cristina Paganini. O Estatuto da Pessoa com Deficiência: Reflexões sobre a Capacidade Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, dez. 2016. vol. 974. ano 105. p. 35-62.

OLIVEIRA, James Eduardo. **Código Civil anotado e comentado**: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLIVEIRA, Leonardo Alves de. O estatuto da pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015), seus direitos e o novo paradigma da capacidade civil. **Revista do direito privado**, São Paulo, jan. 2017. vol. 18 n. 76.

OLIVEIRA, Natália. **Representação ou assistência: aspectos práticos da capacidade processual de menores de idade**. 2016. Disponível em: < <https://nataliaolvm.jusbrasil.com.br/artigos/343512959/representacao-ou-assistencia-aspectos-praticos-da-capacidade-processual-de-menores-de-idade> >. Acesso em: 23 de março de 2019

OLIVEIRA, Rogério Alvarez de. **O novo sistema de (in)capacidades e a atuação do MP na curatela**. 2016. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2016-abr-18/mp-debate-sistema-incapacidades-atuacao-mp-curatela> >. Acesso em: 05 de janeiro de 2019

PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e os princípios fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2015.

REQUIÃO, Maurício. **Conheça a tomada de decisão apoiada, novo regime alternativo à curatela**. 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-set-14/direito-civil-atual-conheca-tomada-decisao-apoiada-regime-alternativo-curatela> >. Acesso em: 05 de janeiro de 2019

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RODRIGUES, Thalita. **Lei 13.146/15: inclusão ou desproteção?** 2017. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62062/lei-13-146-15-inclusao-ou-desprotecao> >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Público**, Londrina, maio / ago. 2006. V. 1, N. 2, P. 137-150.

SILVA, Otto Marques da. **A Epopeia Ignorada: A Pessoa Deficiente Na História Do Mundo De Ontem E De Hoje**. São Paulo: Cedas, 1987.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Certezas e incertezas após o primeiro ano de vigência do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. 2017. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/certezas-e-incertezas-apos-o-primeiro-ano-de-vigencia-do-epd-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/> >. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019

SILVESTRE, Gilberto Fachetti; GUSELLA, Gabriela Azeredo; NEVES, Guilherme Valli de Moraes. O procedimento de interdição à luz das alterações promovidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência e pelo Código de Processo Civil de 2015. **Congresso de Processo Civil Internacional**, Vitória, 2017. Anais do II CPCI.

SIMÃO, José Fernando. Estatuto da Pessoa com Deficiência causa perplexidade (Parte I). 2015. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2015-ago-06/jose-simao-estatuto-pessoa-deficiencia-causa-perplexidade> >. Acesso em: 21 de fevereiro de 2019

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOBRINHO, Emílio Gutierrez. Aspectos teóricos do movimento neoconstitucional. 2012. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/22345/aspectos-teoricos-do-movimento-neoconstitucional> >. Acesso em: 15 de janeiro de 2019

SOUZA, Iara Antunes; SILVA, Michelle Danielle Cândida. Capacidade civil, interdição e curatela: As implicações jurídicas da Lei n. 13.146/2015 para a pessoa com deficiência mental. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, 37. ed. p. 291-310, dez. 2017. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

VALE, André Rufino do. Aspectos do Neoconstitucionalismo. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, [S. l.], jan./jun. 2007. RBDC n. 09.